

المغني

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٥٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الحرقي المتوفى سنة ٥٣٣٤ هـ
ويليه

الشرح الكبير

على متن المقنع ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله أحمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الثاني

﴿تنبيه﴾ وضعنا كتاب المغني في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصلاً بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي

للتشتر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الفرائض

روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « تعلموا الفرائض وعلومه فإنه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه . وروى عن عبد الله أن النبي ﷺ قال : « تعلموا الفرائض وعلومها الناس قاني امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الأعمش عن إبراهيم قال : قال عمر بن الخطاب رضي الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الفرائض

وهي قسمة الموارث روى أبو داود بإسناده عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال : « العلم ثلاثة وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة وسنة قائمة وفريضة عادلة » وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « تعلموا الفرائض وعلومه فإنه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شيء ينزع من أمتي » أخرجه ابن ماجه وروى عن عبد الله أن النبي ﷺ قال : « تعلموا الفرائض وعلومها الناس قاني امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض حتى يختلف الرجلان في الفريضة فلا يجدان من يفصل بينهما » وروى سعيد عن جرير بن عبد الحميد عن الأعمش عن إبراهيم قال قال عمر تعلموا الفرائض قلها من دينكم وعن جرير عن عاصم الاحول عن مورك العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض واللحن والسنة كما تعلمون القرآن وقال ثنا أبو الأحوص ثنا أبو اسحاق عن أبي الأحوص عن عبد الله قال من تعلم القرآن فليتعلم

عنه : تعلموا الفرائض فانها من دينكم ، وعن جرير عن عامر الاحول عن مورق العجلي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه تعلموا الفرائض والحن والسنة كما تعلمون القرآن . وقال حدثنا أبو الاحوص أخبرنا أبو اسحاق عن أبي الاحوص عن عبد الله قال : من تعلم القرآن فليتعلم الفرائض وروى جابر بن عبد الله قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيهما من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال قال فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ الى عمهما فقال « أعط ابنتي سعد الثلثين وأما الثمن وما بقي فهو لك » رواه أحمد في مسنده

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله (ولا يرث أخ ولا أخت لأب وأم أو لأب مع ابن ولا مع ابن ابن وإن سفل ولا مع أب)

أجم أهل العلم على هذا بحمد الله وذكر ذلك ابن المنذر وغيره ، والاصل في هذا قول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) الآية . والمراد بذلك الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب بلا خلاف بين أهل العلم ، ولانه قال وهو يرثها ان لم يكن لها ولد وهذا حكم العصبية واتفقت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد لان الكلالة من لا ولد له ولا والد ، خرج من ذلك البنات والام لقيام الدليل على ميراثهم معها بقي ماعداها على ظاهره ، يسقط ولد الابوين ذكرهم وأنثاهم بثلاثة بالابن وابن الابن

الفرائض وروى جابر بن عبد الله قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله ﷺ بابنتيهما من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما ولا ينكحان الا ولهما مال فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله ﷺ الى عمهما قال « أعط ابنتي سعد الثلثين وأما الثمن وما بقي فهو لك » رواه الامام أحمد في مسنده ورواه الترمذي وأبو داود (مسئلة) (وأسباب التوارث ثلاثة رحم ونكاح وولاء لا غير)

لان الشرع ورد بالتوارث بها بقوله تعالى (وألو الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله) وقوله سبحانه (يوصيكم الله في أولادكم) وقوله (ولستم نصف ما تركوا واكم - ولهن الربع مما تركن) الآية وقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وعندها ثبت بالموالاة والمعاقدة لقول الله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبتهم) والموالاة كالمعاقدة وبإسلامه على يديه روي ذلك عن عمر رضي الله عنه لما روى راشد بن سعيد قال قال رسول الله ﷺ « من أسلم على يديه رجل فهو مولاه ويرثه ويدي عنه » رواه سعيد وروى أبو امامة عن النبي ﷺ انه قال « من أسلم على يده رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه » وعن عيم الداري انه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين ؟ فقال « هو اولى الناس بمحياه وممانه » رواه سعيد في سننه ورواه الترمذي وقال لا اظنه متصلاً

وان سفل وبالأب، ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الابوين لما روي عن علي عليه السلام أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ولأن أعيان بني الام يتوارثون دون بني العلات وبث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي

(مسئلة) قال (ولا يرث أخ ولا أخت لأم مع ولد ذكر أو أنثى ولا مع ولد الابن ولا مع أب ولا مع جد)

وجملة ذلك أن ولد الام ذكرهم وأتاهم يسقطون بأربعة بالولد وولد الابن والاب والجد أب الأب وان علا، أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً منهم خالف هذا الا رواية شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لأم للام الثلث وللأخوين الثلث، وقيل عنه لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً قال ابن عباس يسقط الأخوة كلهم بالجد فكيف يرث ولد الام مع الأب؟ ولا خلاف بين أهل العلم في أن ولد الام يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الأب؟ والاصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس، فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراد بهذه الآية الأخ والاخت من الام باجماع أهل العلم، وفي قراءة سعد بن أبي وقاص وله أخ أو أخت من أم، والكلالة في قول الجمهور من ليس له ولد ولا والد فشرط في توريثهم عدم الولد والوالد، والولد يشمل الذكر والأنثى والوالد يشمل الأب والجد

ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن أعتق» فأما أحاديثهم فحديث راشد مرسل وحديث أبي امامة فيه معاوية الصدفي وهو ضعيف، وحديث تميم ليس بصريح في الميراث وقيل يثبت بكونهما من أهل الديوان ولا عمل عليه، وهذا كان في بدء الاسلام ثم نسخ بقوله تعالى (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله)

(فصل) إذا مات الانسان بديء بتكفينه وتجهيزه مقدماً على ما سواء كما يقدم المفلس بنفقته على ما سواء، ثم تقضى ديونه لقوله سبحانه (من بعد وصية يوصي بها أو دين) قال علي رضي الله عنه ان رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية ولأن الدين تستغرقه حاجته فقدم كونه تجهيزه ثم تفقد وصيته الآية ثم ما بقي قسم على الورثة للآيات الثلاث المذكورة في سورة النساء

(مسئلة) (والجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن وابنه وان نزل والاب وأبوه وان علا والاخ من كل جهة وابن الاخ من الام والعم وابنه كذلك والزوج ومولى النعمة، ومن النساء سبع: البنت وبنت الابن والام والجددة والاخت والمرأة ومولا النعمة)

أكثر هؤلاء ثبت توريثهم بالكتاب والسنة، فالابن والبنت ثبت ميراثهما بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ويدخل في ذلك ولد الابن والابوان بقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس

(فصل) اختلف أهل العلم في الكلالة فقيل: الكلالة اسم للورثة ماعدا الوالدين والمولودين نص أحمد على هذا، وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال: الكلالة من عدا الولد والوالد واحتج من ذهب إلى هذا بقول الفرزدق في بني أمية
ورثتم قناة المجد لأعن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم
واشتقاقه من الالكيل الذي يحيط بالرأس ولا يعاود عليه فكان الورثة ماعدا الولد والوالد قد أحاطوا بالبيت من حوله لا من طرفه أعلاه وأسفله كاحاطة الالكيل بالرأس فأما الوالد والولد فهما طرفا الرجل فإذا ذهبا كان بقية النسب كلالة قال الشاعر

فكيف باطرافي إذا ما شمتني وما بعد شتم الوالدين صلوح

وقالت طائفة الكلالة اسم للميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد يروى ذلك عن عمرو بن وهب عن مسعود، وقيل الكلالة قرابة الأم واحتجوا بقول الفرزدق الذي أنشدناه عنكم ورثتم الملك عن آبائكم لا عن أمهاتكم، وبروى عن الزهري أنه قال الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة ويسمى وارثه كلالة والآيتان في سورة النساء والمراد بالكلالة فيهما الميت ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الأخوة من الجهات كلها، وقد دل على صحة ذلك قول جابر يارسول الله كيف الميراث؟ إنما يرثني كلالة فجعل الوارث هو الكلالة ولم يكن لجابر يومئذ ولد ولا والد، ومن ذهب إلى أنه يشترط في الكلالة عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي وأهل المدينة

والجد يحتمل أن يتناول هذا النص كما دخل ولد الابن في عموم أولادكم، والاخ والاخت من الابوين أو الاب ثبت أرثهما بقوله سبحانه (وله اخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) والاخ والاخت من الأم ثبت أرثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فللكل واحد منهما السدس) وأما ابن الأخ للابوين أو للاب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ «ما أبقت الفروض فلا ولي رجل ذكر» ولم يدخل فيهم ولد الأم ولا العم ولا ابنه ولا الخال ولا أبو الأم لأنهم ليسوا من العصبات. وأما المولى المعتق والمولاة فثبت أرثهما بقوله عليه الصلاة والسلام «إنما الولاء لمن أعتق» والجددة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس، والزوجة ثبت أرثه بقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) والزوجة بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركن) الآية، وجميعهم ذوات فرض وعصبة فالذكور كلهم عصبات إلا الزوج والأخ من الأم والاب والجد مع الابن، والإناث كلهن إذا انفردن عن أخواتهن ذوات فروض إلا المعتقة والإناث مع البنات. ومن لا يسقط بحال خمسة: الزوجان والابوان وولد الصلب لأنهم يمتون بأنفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت يحجبهم، ومن سواهم من الوارث إنما يمت بواسطة سواء فيسقط بمن هو أولى بالميت منه

(مسئلة) (والوارث ثلاثة ذوات فرض وعصبات وذوو رحم.)

والبصرة والكوفة ، ويروى عن ابن عباس أنه قال السكالة من لا ولد له ، ويروى ذلك عن عمر
والصحيح عنها كقول الجماعة

(مسئنة) قال (والأخوات مع البنات عصبة لهن ما فضل وليست لهن معهن فريضة مسماة)

العصبة هو الوارث بغير تقدير وإذا كان معه ذو فرض أخذ ما فضل عنه قل أو كثر وإن انفرد
أخذ الكل ، وإن استغرقت الفروض المال سقط ، والمراد بالأخوات هنا الأخوات من الأبوين أو
من الأب لانه قد ذكر أن ولد الأم لا ميراث لهم مع الولد وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن
عمر وعلي وزيد وابن مسعود ومعاذ وعائشة رضي الله عنهم وإليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس
ومن تابعه فإنه يروى عنه أنه كان لا يجعل الأخوات مع البنات عصبة فقال في بنت واخت : لبنت
النصف ولا شيء ، للاخت فقبل له أن عمر قضى بخلاف ذلك جعل للاخت النصف فقال ابن عباس
أنتم أعلم أم الله؟ يريد قول الله سبحانه (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله اخت فلها نصف مترك) فأما
جعل لها الميراث بشرط عدم الولد ، والحق فيما ذهب إليه الجمهور فإن ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن
وأخت لأقربين فيها بقضاء رسول الله ﷺ لبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فلأخت رواه

باب ميراث ذوي الفروض

وهم عشرة الزوجان والأبوان والجد والجدة والبنات وبنت الابن والأخت من كل جهة والأخ
من الأم فللزوج النصف إذا لم يكن للبيئة ولد ولا ولد ابن والرابع إذا كان معه أحدهما ، وللزوجة الربع مع
عدم الولد وولد الابن والتمني مع أحدهما ، وهذا إجماع من أهل العلم لقول الله تعالى (ولكم نصف
ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلنكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين
ولهن الربع مما تركن إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلنكم الثلثين مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين)
وولد الابن ولد بدليل قوله تعالى يا بني آدم ويا بني إسرائيل وإنما جعل لجماعة الزوجات مثل الواحدة لانه لو جعل
لكل واحدة الربع وهن أربع لأخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ، ومثل هذا في
الجدات للجماعة مثل ما للواحدة لانه لو أخذت كل واحدة السدس لأخذن النصف إذا كن ثلاثة
وزدن على ميراث الجد . فأما سائر أصحاب الفروض كالبنات وبنت الابن والأخوات المنتفرقات كلهن
فإن لكل جماعة منهن مثل ما للابنتين على ما يذكر في موضعه وزدن على فرض الواحدة لأن الذكر
الذي يرث في درجتين لا فرض له إلا ولد الأم فإن ذكرهم واتنهم سواء لانهم يرتون بالرحم
وقرابة الأم المجردة .

البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب اليه بل يدل على أن الاخت لا يفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فإن ما تأخذه مع البنت ليس بفرض وإنما هو بالتعصيب كيراث الاخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قول الله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) وعلى قيام قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم ولدها وهو خلاف الاجماع ثم ان النبي ﷺ وهو المبين لسكلام الله تعالى قد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث ولو كانت ابنتان وبنت ابن لسقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الأم زوج فالمسئلة من اثني عشر للزوج الربع وللأبنتين الثلثان ويبقى للاخت نصف السدس فان كان معهم أم عالت المسئلة وسقطت الاخت

(مسئلة) قال (وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في أرثهن وحجبهن لأن يحجبه البنات وفي جعل الاخوات معهن عصبات وفي أنهن اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات الابن وغير ذلك ، والاصل في ذلك قول الله عز وجل (يورثكم الله في أولادكم) فذكر مثل حظ الانثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك (وولد البنين أولاد قال الله تعالى (يا بني آدم) يخاطب

(فصل) قال رضي الله عنه (والأب ثلاثة أحوال حال يرث فيها بالفرض المجرد وهي مع ذكور الولد أو ولد الابن ويرث السدس والباقي للابن ومن معه)

لا نعلم في هذا خلافا لقول الله تعالى (ولا بويه لسل واحد منها السدس مما ترك ان كان له ولد) (وحال) يرث فيها بالتعصيب المجرد وهي مع عدم الولد وولد الابن فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وباقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث أضاف الميراث اليهما ثم جعل للأم الثلث فسلان الباقي للأب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس) فجعل للأم مع الاخوة السدس ولم يقطع إضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فسلان الباقي كله للأب (الحال الثالث) مجتمع له الفرض والتعصيب وهي مع انات الولد أو ولد الابن فيأخذ السدس لقوله تعالى (ولا بويه لسل واحد منها السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للأم السدس مع البنت اجماعا ثم يأخذ ما بقي بالتعصيب لما روى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحقوا الفرائض باهلها فباقي فلاولى رجل ذكر » متفق عليه والأب أولى رجل بعد الابن وابنه وهذا كله يجمع عليه ليس فيه خلاف فاعلمه

(فصل) (قال ولا يجد ثلاثة أحوال الأب الثلاثة إلا أنه يسقط بالأب لا يدلي به ويسقط عن رتبة الأب في زوج وابوين وامرأة وأبوين فيفرض للأم فيهما ثلث جميع المال وله حال رابع مع الاخوة

بذلك أمة محمد ﷺ وقال (يا بني اسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم ، وقال الشاعر
بنونا بنو أبائنا وبنائنا بنوهم أبناء الرجال الأباة

(مسئلة) قال (فان كن بنات وبنات ابن فلبنات الثلثان وليس لبنات الابن شي إلا
أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين)

أجمع أهل العلم على أن فرض الانثيين الثلثان إلا رواية شاذة عن ابن عباس أن فرضها النصف
لقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك) فذهومه أن مادون الثلث ليس لها
الثلثان، والصحيح قول الجماعة فان النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع «أعط ابنتي سعد الثلثين»
وقال الله تعالى في الاخوات (فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) وهذا تنبيه على أن للبنتين الثلثين
لأنهما أقرب ولأن كل من يرث الواحد منهم النصف فللاثنتين منهم الثلثان كالاخوات من الابوين
والاخوات من الاب وكل عدد يختلف فرض واحدهم وجماعتهم فللاثنتين منهم مثل فرض الجماعة
كولد الام والاخوات من الابوين أو من الاب فأما الثلاث من البنات فإزاد فلا خلاف في أن فرضهن
الثلثان وأنه ثابت بقول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك)

والاخوات من الابوين والاب فانه يقاسمهم كأخ إلا أن يكون الثلث خيراً له فيأخذه والباقي لهم، فان
كان معهم ذو فرض أخذ فرضه ثم للجد الأخط من المقاسمة كأخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع
المال وسوف نذكر الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى، فروى أبو داود بإسناده عن عمران بن حصين
أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال إن ابن ابني مات فإلي من ميراثه؟ قال لك السدس فلما أدبر دعاه فقال إن لك
سدساً آخر فلما أدبر دعاه فقال إن لك السدس الآخر طعمة قال فتأده فلا تدري مع أي شيء ورثته قال فتأده
أقل شيء ورث الجدة السدس وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال أيكم يعلم ما ورث رسول الله صلى الله عليه وسلم
الجد؟ فقال معقل بن يسار أنا ورثه رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس قال مع من؟ قال لا أدري قال
لا أدري فما يعني إذا رواه سعيد في سننه . قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم من أصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم على أن الجد أبا الأب لا يحجب عن الميراث غير الاب. وأنزلوا الجد في الحجب
والميراث منزلة الاب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) زوجة وأبوان
للأم ثلث الباقي فيها مع الاب وثلث جميع المال مع الجد (والثالثة) اختلقوا في الجد مع الاخوة
والاخوات للابوين أول الأب ولا خلاف بينهم في إسقاط بني الاخوة وولد الام ذكرهم وأنتاهم، فذهب
الصديق رضي الله عنه إلى أن الجد يسقط جميع الاخوة والاخوات من جميع الجهات كما يسقطهم
الأب وبه قال ابن عباس وابن الزبير وروي ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وأبي الدرداء
ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم، وحكي أيضاً عن عمران بن حصين وجابر بن عبد الله وأبي

واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين ثقيل ثبت بهذه الآية والتقدير : فان كن نساء اثنتين وفوق صلة كقوله (فاضربوا فوق الاعناق) أي اضربوا الاعناق . وقد دل على هذا ان النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخيه سعد بن الربيع « اعط ابنتي سعد الثلثين » وهذا من النبي ﷺ تفسير للآية وبيان لمعناها واللفظ إذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضاً ان سبب نزول الآية قصة بنتي سعد بن الربيع وسؤل امهما عن شأنهما في ميراث أبيهما، وقيل بل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالقياس ، وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواردت عليه الأدلة التي ذكرناها كلها فلا يضرنا أبها أثبتته، وأجمع أهل العلم على أن بنات الصلب متى استكملن الثلثين سقط بنات الابن مالم يكن بازائهن أو أسفل منهن ذكر يعصبن وذلك لان الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء الا الثلثين قليلاً كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد ذهب الثنثان لولد الصلب فلم يبق لمن شيء ولا يمكن أن يشار كن بنات الصلب لانهن دون درجتين فان كان مع بنات الابن ابن في درجتين كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل منهن كابن أخيهن أو ابن ابن عمهن أو ابن ابن عمهن في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا قول عامة العلماء : يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة رضي الله عنهم وبه قال مالك والثوري والشافعي رضي الله عنهم وإسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء الا ابن

الطفيل وعباد بن الصامت وعطاء وطاوس وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم ابن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن اللبان وداود وابن المنذر وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت يورثونهم معه ولا يعجبونهم به وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الاخ ذكر يعصب اخته فلم يسقطه الجد كالابن ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون إلا بنص أو إجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون ولأنهم تسادوا في سبب الاستحقاق فيتساوون فيه ، فان الاخ والجد يدلان بالاب الجد أبوه والاخ ابنه وقرابة البنوة لا تنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى منها، فان الابن يسقط تعصيب الأب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة انبتت غصناً فانفرك منه غصنان كل منهما أقرب منه إلى أصل الشجرة ، ومثله زيد بواد خرج منه نهر وانفرك منه جدولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي ، واحتج من ذهب بمذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي صلى الله عليه وسلم « القوا الفرائض بأهلها فما بقي فلا ولي رجل ذكر » متفق عليه والجد أولى من الاخ بدليل المعنى والحكم ، اما المعنى فان له قرابة لإيلاد وبضية كالأب وأما الحكم فان الفروض إذا ازدحمت سقط الاخ دونه ولا يسقطه أحد إلا الاب، والاخ والاخوات يسقطون بثلاثة ، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالأب وهم ينفردون بواحد منها ، ويسقط ولد الام،

مسعود ومن اتبعه فانه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه إحداها من فجعل الباقي للذكر دون اخواته وهو قول أبي ثور لان النساء من الاولاد لا يرثن أكثر من اثنين بدليل ما ارادنا من انفرادن وتوريتهن هنا يفضي إلى توريتهن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وهو لا يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات، وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم، ولان كل ذكر وأنثى يفتسمون المال اذا لم يكن معهم ذو فرض فيجب أن يفتسما الفاضل عنه كأولاد الصلب والاخوة مع الاخوات، وما ذكره فهو في الاستحقاق لفرض، فأما في مسئلتنا فأنما يستحقون بالنصيب فكان معتبرا بأولاد الصلب والاخوة والاخوات ثم ويبطل ما ذكره بما اذا خاف ابنا وست بنات فانه يأخذن ثلاثة أرباع المال، وان كن ثمانيا أخذن أربعة أخماسه وان كن عشرا أخذن خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وابن ابن الابن بنصيب من في درجته من اخواته وبنات عمه وبنات ابن عم أبيه على كل حال، وبنصيب من هو أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه ومن فوقهن بشرط أن لا يكن ذوات فرض وبمقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه. فلو خلف الميت خمس بنات ابن بعضهم أنزل من بعض لا ذكر معهن وعصبة كان لأعاليها النصف ولأبنايتها السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبة

وولد الأب يسقطون بهم بالاجماع إذا استغرقت الفروض المال وكانوا عصبة. وكذلك ولد الابن في المشرقة عند الاكثرين ولانه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقذفه ولا يقطع بسرقة ماله ونجب عليه نفقته ويمنع من دفع زكاته اليه كالأب سواء فدل ذلك على قربه، فان قيل فالحديث حجة في تقديم الاخوات لان فروضهن في كتاب الله تعالى فيجب أن تلحق بهن فروضهن ويكون للجد ما بقي، فالجواب أن هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين وفي الذكور مع الاناث أو نقول هو حجة في الجميع، ولا فرض لولد الأب مع الجد لانهم كلالة، والكلالة اسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذا فرض. حجة أخرى قالوا الجد أب فيجب ولد الأب كالأب الحقيقي، ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أيكم إبراهيم) وقول يوسف (واتبعت ملة آبائي إبراهيم واسحاق) وقوله (كما أتتها على أبيك من قبل إبراهيم واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «ارموا بني اسماعيل فان أباكم كان رامياً» وقال «سام أبو العرب وحام أبو الحبش» وقال «نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أمنا ولا ننفي من أيننا» وقال الشاعر

انا بني نهشل لا ندمي لأب عنه ولا هو بالابناء يشرينا
فوجب أن يحجب الاخوة كالأب الحقيقي يحقق هذا أن ابن الابن وان سفل يقوم مقام ابنه في الحجب كذلك أبو الأب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس ألا يتقي الله زبداً يجعل ابن الابن

فان كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالمال بينهما على ثلاثة، وسقط سائرهن ، فان كان مع الثانية عصبها وكان لعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة، فان كان مع الثالثة فللعليا النصف وللتانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة، فان كان مع الرابعة فللعليا النصف وللتانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة، فان كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الاولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة ونصح من ثلاثين ، وان كان أنزل من الخامسة فكذلك ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت نصيب بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين

(مسئلة) قال (فان كانت ابنة واحدة وبنات ابن فلابنة الصلب النصف ، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكلمة الثلثين الا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الانثيين)

في هذه المسئلة ثلاثة أحكام (أحدها) ان لبنت الواحدة النصف ولا خلاف في هذا بين علماء المسلمين لقول الله تعالى (وان كانت واحدة فلها النصف) ولان النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت ان لبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاخت

ابنا ولا يجعل أبا الاب أباً ولان بينهما إبلاداً وبعضية وجزئية وهو يساوي الاب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب، بحقه أن أبا الاب وان علا يسقط بني الاخوة ولو كانت قرابة الاخ والجدة واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مساوياً لبني الاخ لتساوي درجة من أدليابه ولا تقربهم على هذا القول لوضوحه .

(فصل) واختلف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم، فكان علي رضي الله عنه يفرض للاخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له، فان كانت أخت لابوين واخوة لاب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الاخوة فيما بقي إلا أن تنقصه المقاسمة من السدس فيفرضه له فان كان الاخوة كلهم عصبه قاسمهم الجد إلا السدس فان اجتمع ولد الاب وولد الابوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم ، وان اغرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد، وصنع ابن مسعود في الجد مع الاخوات كصنع علي وقاسم به الاخوة إلى الثلث فان كان أصحاب الفرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم صنع صنيع زيد في اعطاء الاخط من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، وعلي يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به، وقال بقول علي الشعبي والتخمي والمغيرة ابن مقسم وإن أبي ليلى والحسن بن صالح وذهب إلى قول ابن مسعود مسروق وعلقمة وشريم ، فأما مذهب زيد فهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وذكره الحرقفي وسنشرحه ان

(الأنبي) أنه إذا كان مع البنت الواحدة بنت ابن أو بنات ابن فلبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تركة الثلثين وهذا أيضا مجمع عليه بين العلماء . والاصل فيه قول الله تعالى (فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلث ما ترك وان كانت واحدة فله النصف) ففرض لبنات كهن الثلثين وبنات الصلب وبنات الابن كهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا بزدن عاياه، واختصت بنت الصلب بالنصف لانه مفروض لها والاسم متناول لها حقيقة فيبقى للبقية ثلث الثلثين، ولهذا قال الفقهاء لهن السدس تركة الثلثين ، وقد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال : سئل ابو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال : لبنت النصف وما بقي فللاخت فأبى ابن مسعود وأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت اذا وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ لبنت النصف ولابنة الابن السدس تركة الثلثين وما بقي فللاخت فأبىنا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا تسألوني عن شيء مادام الخبر فيكم متفق عليه بنحو من هذا المعنى

(الحكم الثالث) إذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتين فإنه يعصم بها بقي للذكر مثل حظ الانثيين في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم الا ابن مسعود فيمن تابعه فإنه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة الزانية التي انفرد فيها عن الصحابة فقال لبنات الابن الاضربهن من المقاسمة أو السدس فان كان السدس أقل مما يحصل لهن بالمقاسمة فرضه لهن وأعطى الباقي للذكر ، وان كان الحاصل لهن

شاء الله تعالى واليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة والشام والثوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن ارطاة ومالك والشافعي وابو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم . فذهب زيد في الجد مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب أنه يقاسمهم كاخ الأن يكون ثلث المال احظ له ، فان نقصته المقاسمة عن الثلث فهو الثلث والباقي لهم ، فلي هذا اذا كان معه اخوان أو أربع أخوات أو أخ وأختان فالثلث والمقاسمة سواء ، فان نقصوا عن ذلك فالمقاسمة احظله فقام به لا غير وان زادوا فأعطه الثلث ، فان كان معهم ذو فرض أخذ فرضه وكان للجد الاحظ من المقاسمة كاخ أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال، اما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلانه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فمع غيرهم أولى، واما أعطائه ثلث الباقي اذا كان احظ فلان له الثلث مع عدم الفروض فما اخذ بالفروض كانه معدوم قد ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها، فلي هذا متى زاد الاخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الاناث فلا حظ له في المقاسمة وان نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له في ثلث الباقي، وان نقصت عن النصف فلا حظ له في السدس وان كان الفرض النصف فقط استوى السدس وثلث الباقي ، وان كان الاخوة اثنين والفرض النصف استوى المقاسمة وثلث الباقي وسدس جميع المال

بالمقاسمة أقل قاسمهن، وبني ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصمها غيرها إذا استكمل البنات اثنتين إلا أنه ناقص في المقاسمة إذا كان أضربهن وكان ينبغي أن يعطين السدس على كل حال ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) ولأنه يقاسمها ولم يكن غيرها قاسمها مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضربهن وأصله الذي بنى عليه فاسد كما قدمنا (فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جرم ما ذكرنا في هاتين المسئلتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلى اثنتين سقطت إذا لم يكن لها من يعصمها سواء كل الثتان لمن في درجة واحدة أو لأملياً أو التي تليها وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه وقد مثلنا ذلك في المسئلة التي ذكرنا في آخر المسئلة التي قبل هذه

(مسئلة) قال (والاخوات من الاب بمنزلة الاخوات من الاب والام إذا لم يكن اخوات لاب وأم فإن كان اخوات لاب وأم وأخوات لأب فلالخوات من الاب والام الثلثان وليس للاخوات من الاب شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما باقى للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن كانت أخت واحدة لاب وأم وأخوات لاب فلالخت للاب والام النصف وللخوات من الاب واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين

(فصل) ولا ينقص الجدة عن سدس المال أو تسميته إذا زادت السهام، وهذا قول عامة أهل العلم إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال إن ابن عباس كتب إلى علي في سنة أخوة وجد فكتب إليه أجعل الجدة سابعهم وإح كتابي هذا وروي عنه في سبعة أخوة وجد أن الجدة ثامنهم وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال

ولنا إن الجدة لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الأخوة فإنهم يسقطون بهم فلا ينقص عنه مع الأخوة أولى ولأن النبي ﷺ أطعم الجدة السدس فلا ينبغي أن ينقص منه، وقولنا أو تسميته إذا زادت السهام هو إذا عالت المسئلة فإنه يسمى له السدس وهو ناقص عن السدس فإذا كان زوج وام وابنتان وجد له السدس ونعطيهم سهمين من خمسة عشر وهما ثلثا الخمس (مسئلة) (فإن لم يفضل عن الفرض إلا السدس فهو له ويسقط من معه من الأخوة والأخوات كأم وابنتين وجد وأخت أو أخ)

فإن للام السدس وللابنتين الثلثان يبقى السدس للجدة ويسقط الأخوة إلا في الأكدرية وهي زوج وام وأخت وجد فإن للزوج النصف والام الثلث والاخت النصف وللجدة السدس ثم يقسم

وهذه الجلة كلها مجمع عليها بين علماء الانصار الا ما كان من خلاف ابن مسعود ومن تبعه لسائر الصحابة والفقهاء في ولد الاب إذا استكمل الاخوات من الابوين اثنتين فإنه جعل الباقي للذكر من ولد الاب ذري الاناث، فإن كانت أخت واحدة من أبوين وأخوة وأخوات من أب جعل للاناث من ولد الاب الأضر بهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي للذكر كفعله في ولد الابن مع البنات على ما مر تفصيله وشرحه وقد سبق ذكر حجته وجوابها بما بقي عن أعباده . فاما فرض الثنتين للاختين فصاعدا والنصف الواحدة المفردة فثبت بقول الله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما اثنان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب بإجماع أهل العلم، وروى جابر قال قالت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي اخوات؟ قل نزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة ان امرؤ هلك) رواه أبو داود وروى أن جابرا اشكى وعنده سبع اخوات فقال النبي ﷺ « قد أنزل الله في اخواتك » فبين لمن الثنتين وما زاد على الاختين في حكمها لأنه اذا كان للاختين اثنتان فاثلاث أختان فصاعدا، واما سقوط الاخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الثنتين فلان الله تعالى انما فرض للاخوات اثنتين فاذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه الله تعالى للاخوات شيء

سدس الجدة ونصف الأخت بينهما على ثلاثة وتصح من سبعة وعشرين : للزوج تسعة وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة ولا يعول من مسائل الجدة غيرها، ولا يفرض لأخت مع جد الا في هذه المسئلة وتسمى الاكدرية سميت بذلك لتكديرها اصول زيد في الجدة فانه أعالها ولا يعول عنده في مسائل الجدة وفرض للأخت معه ولا يفرض لأخت مع جد، وجرم سهامه وسهامها فقسمها بينهما ولا نظير لذلك، وقيل سميت اكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكدر فافق فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه، واختلف أهل العلم فيها فذهب أبي بكر الصديق وموافقيه اسقاط الأخت ويجعل للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للجد، وقال عمر وابن مسعود للزوج النصف وللأخت النصف وللجد السدس وللأم السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا للام السدس لكيلا يفضلوها على الجدة، وقال علي وزيد للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس وأعالها الى تسعة ولم يحجبها الام عن الثلث لان الله تعالى انما حججها بالولد والاخوة وليس هنا ولد ولا اخوة، ثم ان عمر وعلياً وابن مسعود ابقوا النصف للأخت والجد والجد زيد ضم نصفها الى سدس الجدة فقسمه بينهما لانها لا تستحق معه الا بحكم المقاسمة، وانما حمل زيدا على اعالة المسئلة هنا أنه لو لم يفرض للأخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب أنه قال ما قال ذلك زيد وانما قاس أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئا، فان قيل فالأخت مع الجد عصبة والعصبة تسقط باستكمال الفروض قلنا انما يعصبها الجد وليس بمصبة مم هؤلاء بل يفرض له ولو كان مكان الأخت أخ لسقط لانه عصبة في نفسه ولو كان مع الأخت أخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجببت الام الى

يستحقه ولد الاب فان كانت واحدة من الابوين فلها النصف بنص الكتاب وبقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به اثنتان فيكون للاخوات للاب وذلك قال الفقهاء لمن السدس تكملة الثلثين فان كان ولد الاب ذكرا وانما قال باقي بينهم لقول الله تعالى (وان كانوا اخوة رجالا ونساء فلذكر مثل حظ الانثيين ، ولا يفارق ولد الاب مع ولد الابوين ولد الابن مع ولد الصاب الا في أن بنت الابن بعصبتها ابن أخيها ومن هو آثر، منها ، والاخت من الاب لا بعصبتها إلا أخوها ، فلو استكمل الاخوات من الابوين الثلثين ولم أخوات من أب وابن أخ لمن لم يكن للاخوات للاب شيء ، وكان الباقي لابن الاخ لان ابن الابن وان نزل ابن وابن الاخ ليس بأخ

(فصل) أربعة من المذكور يصيبون اخواتهم فيمتنعون عن الفرض ويقسمون ما ورثوا للذكر مثل حظ الانثيين وم الابن وابن الابن وان نزل والاخ من الابوين والاخ من الاب وسائر العصبات ينفرد المذكور بالميراث دون الاثني وم بنو الاخ والاعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الاولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فلذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب وانما اشتركو لان الرجال والنساء كلهم وراث فلوفرز للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الانثى على الذكر أو مساواتها إياه أو إسقاطها بالكلية فكانت المقاسمة أعدل وأولى ، وسائر العصبات ليس اخواتهم من أهل الميراث فأنهن لسن بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع اخوتهن شيئا وهذا لا خلاف فيه بحمد الله ومثته

السدس وبقي لها السدس فأخذه ولم يعمل المسئلة ، وأصل المسئلة في الاكدرية ستة طالت الى تسعة وسهام الاخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم اثنتان في ثلاثة ستة يبقى اثنا عشر بين الجد والاخت على ثلاثة للجد ثمانية وللأخت أربعة ، ويعاينها فيقال أربعة ورثوا مالا فأخذ احدثهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي ، ويقال امرأة جاءت قوما فقالت اني حامل فان ولدت ذكراً فلا شيء له وان ولدت انثى فلها تسع المال وثلث تسعة ، وان ولدت ولدين فلها السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال وان ولدت انثى فلي تسعة وان ولدت ولدين فلي سدسه وأنشد شيخنا في ذلك لنفسه

ماذا تقولون في ميراث أربعة أصاب أكبرهم جزءاً من المال

ونصف ذلك للاثني ونصفها لثالث ترب للخير فعالم

ونصف ذلك مجموعاً لاربعهم فخبروني فهذه جملة الحال

أكبرهم الجد له ثمانية ونصفها للاخت أربعة ونصفها ستة للام صارت ثمانية عشر ونصف الجميع

للزوج وذلك تسعة

(مسئلة) قال (وللامثلث اذا لم يكن الاخ واحد أو أخت واحدة ولم يكن ولد ولا ولد ابن فان كان له ولد أو اخوان أو أختان فليس لها إلا السدس)

وجملة ذلك ان للام ثلاثة أحوال: حال ترث فيها الثلث بشرطين (أحدهما) عدم الولد وولد الابن من الذكور والاناث. (والثاني) عدم الابن فصاعد من الاخوة والاخوات من أي الجهات كانوا ذكراً أو إناثاً أو ذكراً أو إناثاً فلها في هذه الحال الثلث بلا خلاف فعلمه بين أهل العلم (الحال الثاني) لها السدس إذا لم يجتمع الشرطان بل كان لميت ولد أو ولد ابن أو اثنان من الاخوة والاخوات في قول جمهور الفقهاء، وقال ابن عباس لا يحجب الام عن الثلث إلى السدس من الاخوة والاخوات الا ثلاثة وحكي ذلك عن معاذ لان الله تعالى قال (فان كان له إخوة ملأه السدس) وأقل الجمع ثلاثة، وروي ان ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنه: ايس الاخوان اخوة في لسان قومك فسلم فحجب بها الام؟ فقال لا أستطيع ان أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به

ولنا قول عثمان هذا فانه يدل على أنه اجماع ثم قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب يتعلق بعدد كان أوله اثنين كحجب البنات بنات الابن والاخوات من الابوين الاخوات من الاب، والاخوة تستعمل في الاثنين قال الله تعالى (فان كانوا اخوة رجالاً ونساءً فلا ذكر مثل حظ الاثنتين) وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت، ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد للزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الأخت والجدة على ثلاثة أصنام من اثني عشر للزوجة ثلاثة وللأم أربعة يبقى خمسة بين الجدة والأخت على ثلاثة، وتصح من ستة وثلاثين، فان كان مكان الأخت أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من أربعة وعشرين، وان كانا اثنتين قاسمهما وتصح من ثمانية وأربعين فان كان أخ وأخت او ثلاث اخوات حجبوا الام الى السدس وقسموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين، فان زادوا على ذلك استوى ثلث الباقي والمقاسمة فافرض له ثلث الباقي واضرب المسئلة في ثلاثة تكن ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذ ثلثها سبعة والباقي لهم، فان لم تصح عليهم ضربتهم ووفقتهم في ستة وثلاثين فما بلغ منه تصح فان كانوا من جهتين اختص بالباقي ولد الابوين

(فصل) زوجة وأخت وجد وجدة فهي كالثي قبلها في فروعها الا في أن للجدة السدس مع الأخت الواحدة والاخ الواحد، فان كانوا أكثر من واحد فحكم الجدة والام واحد، وان لم يكن معهم جدة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجدة سهمان وللأخت سهم فان كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر وان كان مكانها أخ وصحت من ثمانية فان كان أخ وأخت او ثلاث اخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين وان زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي سهمان واقسم الثاني على الباقي، فان كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجدة لا يزيد على النصف وهو أقل فرض لولد الابوين

فيصرف اليه بالدليل ، ولا فرق في حجبها بين الذكر والاثني لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع بدليل قوله (فان كانوا اخوة رجالا ونساء) ففسرهم بالرجال والنساء .
(الحال الثالث) اذا كان زوج وأبوان أو امرأة وأبوان فللام ثلث الباقي بعد فرض الزوجين ، وهذه يأتي ذكرها ان شاء الله تعالى

(مسألة) قال (وليس للاب مع الولد الذكر أو ولد الابن الا السدس فان كن بنات كان له ما فضل)

يعني والله أعلم كان له ما فضل بعد أن يفرض له السدس فيكون له ثلاثة احوال : (حال) يرث فيها بالفرض وهي مع الابن أو ابن الابن وان سفل فليس له الا السدس والباقي للابن ومن معه لا تعلم في هذا خلافا وذلك لقول الله تعالى (ولا يورث لذكر واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد)
(الحال الثانية) يرث فيها بانهصيب المجرود وهي مع غير الولد فيأخذ المال ان انفرد ، وان كان معه ذو فرض غير الولد كزوج أو أم أو جدة فلذي الفرض فرضه وبقي المال له لقول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه اثلث) وأضاف الميراث اليهما ثم جعل للأم اثلث فكان الباقي للاب ثم قال (فان كان له اخوة فلأمه السدس فجعل للام مع

(مسألة) (فان لم يكن في الاكدرية زوج فهي أم وأخت)

وجد للام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة للام ثلاثة وللجد أربعة وللأخت سهمان وإنما سميت الحرقا لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكان الاقوال خرقها قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه للام الثلث وللجد الباقي ، وقول زيد وموافقيه للام الثلث والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وقول علي للأخت النصف والام الثلث وللجد السدس ، وعن عبدالله للأخت النصف وللأم ثلث ما بقي وللجد الباقي وعن ابن مسعود للام السدس والباقي للجد وهو مثل القول الاول في المغني وعن ابن مسعود أيضاً للأخت النصف والباقي بين الام والجد نصفين فتكون من أربعة وهي إحدى مربعات ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم اثلاثا لكل واحد منهم ثلث وهي مثثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال ومسدسة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة وسأل الحجاج الشعبي عنها فقال قد اختلف خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيدا وابن عباس رضي الله عنهم

(مسألة) (وولد الاب كولد الابوين في مقاسمة الجد)

اذا انفردوا لانهم شاركهم في بنوة الاب التي ساووا بها الجد فاذا اجتمعوا عاد ولد الابوين الجد
(المغني والشرح الكبير) (٣) (الجزء السابع)

الاخوة السدس ولم يقطع اضافة الميراث الى الابوين ولا ذكر للاخوة ميراثا فكان الباقي كله للاب (الحال الثالثة) يجتمع له الامران الفرض والنصيب وهي مع انثا الولد أو ولد الابن فله السدس لقوله تعالى (فلنكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) ولهذا كان للاب السدس مع البنت بالاجماع ثم يأخذ ما بقي بالنصيب لما روى ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر » متفق عليه والاب أولى رجل بعد الابن وابنه وأجمع أهل العلم على هذا كله فليس فيه بحمد الله اختلاف نعله

(فصل) والجد كالأب في أحواله الثلاث وله حال رابع مع الاخوة يذكر في بابه ويـقطع بالأب لانه يدلي به فيسقط به كالأخوة وكذلك كل جد يسقط بابنه لكونه يدلي به وينتص الجسد عن رتبة الأب في زوج وابوين أو امرأة وابوين فيفرض للام فيهما ثلث جميع المال وباقيه للجد بخلاف الأب (مسئلة) (قال وللزوج النصف اذا لم يكن ولد فان كان لها ولد فله الربع وللرأة الربع واحدة كانت أو أربعا اذا لم يكن ولد فان كان له ولد فلهن الثمن)

وجملة ذلك أن الزوج والزوجة ذوا فرض لا يرثان بغيره وفرض الزوج النصف مع عدم ولد الميئة وولد ابنتها والريم مع الولد أو ولد الابن وفرض الزوجة والزوجات الربع مع عدم ولد الزوج

بولد الأب ثم اخذوا ما حصل لهم هذا مذهب زيد واما علي وابن مسعود فانهما يقاسمان به ولدا الابوين ويسقطان ولد الأب ولا يستدان به لانه محجوب فلا يستدبه كولد الام فاذا كان جد واخ من أب وأم واخ لاب قسما المال في هذه المسئلة بينهما نصفين وزيد يجعلها من ثلاثة للجد سهم ولكل اخ سهم ثم يرجع الاخ من الأب والام على مافي يد اخيه لايه فيأخذه وان شئت فرضت للجد ثلث المال والباقي للاخ من الابوين ومضى زاد الاخوة على اثنين فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين ووجه مذهب زيدان الجد والجد اذا حجبه اخوان وارثان جاز ان يحجبه اخ وارث واخ غير وارث كالام ولان ولد الأب يحجبونه اذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالام ويفارق ولد الام فان الجد يحجبهم فلا ينبغي ان يحجبوه بخلاف ولدا الأب فان الجد لا يحجبهم فجاز ان يحجبوه اذ احجبهم غيره كما يحجبون الام ان كانوا محجوبين بالأب واما الاخ من الابوين فانه اقوى تمصيا من الاخ من الأب فلا يرث معه شيئا كالأخ فانفرد عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن فانه يحجبه ويأخذ ميراثه فان قبل فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثهم والاخوة يحجبون الام وان لم يأخذوا ميراثها قلنا الجد وولد الام يستحقان سببا استحقاقهم للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وهنا سبب استحقاق الاخوة للميراث الاخوة والعصوبة فأبهما اقوى حجب الآخر واخذ ميراثه وقد مثلت هذه المسئلة بمسئلة في الوصايا وهي اذا وصى لرجل ثلث ماله ولاخر ثمانمائة وثلث بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصى

وولد ابنه والنمن مع الولد او ولد الابن الواحد والاربع سواء باجماع أهل العلم ، والاصل فيه قول الله تعالى (ولستم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركن ان لم يكن لكم ولد فان كان لکم ولد فلهن النمن مما تركن من بعد وصية يوصون بها أو دين) وانما جعل للجماعة مثل ما لواحدة لانه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع لآخذن جميع المال وزاد فرضهن على فرض الزوج ومثل هذا في الجدات للجماعة مثل ما لراحدة لان الجدات لو أخذت كل واحدة منهن السدس لآخذن النصف فزدن على ميراث الجد فأما سائر أصحاب الفروض كالبنت وبنات الابن والاخوات المفترقات كلهن فان لكل جماعة منهن مثل ما للاثنتين على ما ذكر في موضعه ، وزدن على فرض الواحدة لان الذكر الذي يرث في درجتين لا فرض له إلا ولد الام فان ذكرهم وأثام سواء لانهم يرثون بالرحم وقرابة الام المجردة

﴿ مسألة ﴾ قال (وابن الاخ للاب والام أولى من ابن الاخ للاب وابن الاخ للاب أولى من ابن ابن الاخ للاب والام وابن الاخ وان سفل اذا كان الاب أولى من العم وابن العم للاب أولى من ابن ابن العم للاب والام وابن العم وان سفل أولى من عم الاب) هذا في ميراث العصة وهم الذكور من ولد الميت وآبائه وأولادهم وليس ميراثهم مقدراً بل يأخذون المال كله اذا لم يكن معهم ذر فرض فان كان معهم ذر فرض لا يسقط بهم أخذوا الفاضل

له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التام في حال الرد فيقاسمه الثلث نصفين ثم يخص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التام شيء

﴿ مسألة ﴾ (الا ان يكون ولد الابوين اختاً واحدة فتأخذ تمام النصف وما فضل فهو لهم ولا يتفق هذا في مسألة فيها فرض غير السدس

لان ادنى ما يأخذ الجد الثلث من الباقي والاخذ النصف فالباقي بعدهما هو السدس فاذا كان جد واخذت من ابوين واخذت من أب فالمال بينهم على أربعة للجد سهمان ولكل اخذت سهم ثم رجعت الاخت من الابوين على احتيا لايها فأخذت ما في يدها جميعه لتستكمل النصف لان المقاسمة هنا احتلال للجد من ثلث المال فان كان معهم اخ من أب فللجد الثلث وللأخت النصف يبقى للاخ واخوته السدس بينهما على ثلاثة وتصح من ثمانية عشر وتستوي هنا المقاسمة وثلث المال

﴿ مسألة ﴾ (فان كان معهم ام فلها السدس وللجد ثلث الباقي ولا ثلث له فتضربها في ثلاثة تكن ثمانية عشر للام ثلثة وللجد ثلث الباقي خمسة وللأخت وللابوين تسعة يبقى للاخ واخوته سهم وتصح من أربعة وخمسين وتسمي بخضرة زيد)

عن ميراثه كله وأولام بالميراث أقربهم ويسقط به من بعد لقول النبي ﷺ «الحنوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر» وأقربهم البنون ثم بنوهم وإن سفلوا يسقط قريبهم ببعيدهم ثم الأب ثم آية وإن علوا لأقرب منهم فالأقرب ثم بنو الأب وهم الأخوة للأبوين أو للأب ثم بنوهم وإن سفلوا الأقرب منهم فالأقرب ويسقط البعيد بالأقرب سواء كان القريب من ولد الأبوين أو من ولد الأب وحده فإن اجتمعوا في درجة واحدة فولد الأبوين أولى بقوة قرابته بالأب فلها قال ابن الأخ للأب والأم أولى من ابن الأخ للأب في درجة واحدة وابن الأخ للأب أولى من ابن الأخ للأب والأم لأن ابن الأخ للأب أعلى درجة من ابن ابن الأخ للأب والأم وعلى هذا أباؤهمما بقي من بني الأخ أحد وإن سفل فهو أولى من العم لأنه من ولد الأب والعم من ولد الجد فإذا انقرض الأخوة وبنوهم فالمراثات للأمهم ثم بنوهم على هذا النسق إن استوت درجاتهم قدم من هو لأبوين، فإن اختلفت قدم الأعلى وإن كان لأب ومهما بقي منهم أحد، وإن سفل فهو أولى من عم الأب لأن الأمهم من ولد الجد وأعمام الأب من ولد أب الجد فإذا انقرضوا فالمراثات لأعمام الأب على هذا النسق ثم لأعمام الجد ثم بنوهم وعلى هذا أبداً لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منه وإن نزلت درجاتهم لما مر في الحديث وهذا كله مجم عليه بحمد الله ومنه

«مسئلة» قال (وإذا كان زوج وأبوان أعطي الزوج النصف والأم ثلث ما بقي وما بقي فللأب وإذا كانت زوجة وأبوان أعطيت الزوجة الربع والأم ثلث ما بقي وما بقي فللأب) هاتان المسئلان بسميان العمريتين لأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما بهذا القضاء، فأنبه على ذلك عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى ذلك عن علي وبه قال الحسن وأشوري ومالك والشافعي

لأن ثلث الباقي والمقاسمة في هذه المسئلة سواء فإن أعطيت الجد ثلث الباقي صحت من أربعة وخمسين على ما ذكرنا وإن قاسم الأخوة أعطيت الأم السدس سهماً يبقى خمسة مقسومة على الجد والأخ واختين على ستة فتضربها في أصل المسئلة تكن ستة وثلاثين للأم ستة وللجد عشرة وللأخت للأبوين ثمانية عشر يبقى سهمان على الأخ من الأب واخته لا يصح فإذا ضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانية ويرجع بالاختصار إلى نصفها أربعة وخمسين لأنها تتفق بالنصف فلها سميت مختصرة زيد ولو كان معهم أخ آخر من أب صحت من تسعين وتسمى تسعية زيد لأنها تدفع إلى الأم ثلاثة وإلى الجد ثلث الباقي خمسة وإلى الأخت للأبوين تسعة يبقى سهم لولاد الأب على خمسة لأنصح عليهم إذا ضربتها في ثمانية عشر تكن تسعين وهذا التفريع كله على مذهب زيد لكونه يورث الأخوة مع الجد

(فصل) أم أوجدة واختان وجد المقاسمة خير للجد ويبقى خمسة على أربعة وتصح من أربعة وعشرين أم وأخ واخت وجد تصح من ستة للجد سهمان أم وأخوان أو أخ واختان أو أربع أخوات

رضي الله عنهم وأصحاب الرأي، وجعل ابن عباس ثلث المال كله للام في المثلثين لان الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والاخوة وليس هنا ولد واخوة ويروي ذلك عن علي وروي ذلك عن شريح في زوج وأبوين وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لا تنالوا فرضنا للام ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الاب ولا يجوز ذلك وفي مسألة المرأة لا يؤدي إلى ذلك واحتج ابن عباس بهوم قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث) ويقول عليه السلام « الحنوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر والاب هنا عصبة فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد والحجة معه لولا انعقاد الاجماع من الصحابة على مخالفته ولان الفريضة اذا جعت أبوين وذافرض كان للام ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت وبخالف الاب الجدل لان الاب في درجتها والجد أعلى منها وما ذهب اليه ابن سيرين تفريق في موضع اجمع الصحابة على التسوية فيه ثم انه مع الزوج يأخذ مثلي ما أخذت الام كذلك مع المرأة قياسا عليه

« مسألة » قال (واذا كان زوج وأم واخوة لام واخوة لاب وأم فللزوجة النصف وللأم السدس وللأخوة من الأم الثلث وسقط الأخوة من الاب والام)

هذه المسئلة تسمى المشتركة وكذلك كل مسئلة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعدا من ولد الأم وعصبة من ولد الابوين وانما سميت المشتركة لان بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الابوين

وجد المقاسمة وثلث الباقي سواء فان زادوا على ذلك فرض للجد ثلث الباقي وصحت من ثمانية عشر للام ثلاثة وللجد خمسة يبقى عشرة للأخوة والاخوات فتصح عليهم بنت واخت وجد للبنت النصف وما بقي بين الاخت والجد على ثلاثة اسهم للجد سهمان وللأخت سهم لان المقاسمة هنا احظ له وفي قوله رضي الله عنه للبنت النصف وللجد السدس والباقي للاخت وعند ابن مسعود الباقي بين الجد والاخت نصفين لان كل واحد منهما اذا انفرد اخذ المال بالتصيب فاذا اجتمعا قسمهما كما لو كان مكانها اخ وام علي فبني على اصله في ان الاخوات لا يقاسمن الجد وانما يفرض لمن فلم يفرض لها ههنا لان الاخت مع البنت عصبة واعطي الجد السدس كما لو انفرد معها وجمل الباقي لها ولنا ان الجد يقاسم الاخت فيأخذ مثلها اذا كان معها اخ فكذلك اذا انفردت وهذه احدى مربعات ابن مسعود

(فصل) بنت واخ وجد للبنت النصف والباقي بين الاخ والجد نصفين وان كان معه اخته فالباقي بينهم على خمسة وان كان اخوان او اخ واختان او اربع اخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة فان زادوا فلا حظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فان كانوا من الجهتين فليس لولد الاب

وولد الام في فرض ولد الام تقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحارية لانه يروى أن عمر رضي الله عنه أقطع ولد الابوين فقال بعضهم يأمر المؤمنين هب ان أبانا كان حماراً أليست أمنا واحدة؟ فشارك بينهم ويقال ان بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحارية لذلك واختلف أهل العلم فيها قديماً وحديثاً فذهب أحد رضي الله عنه فيها الى أن الزوج النصف والام السدس وللأخوة من الام الثلث ومقط الأخوة من الابوين لانهم عصبية وقد تم المال بالفروض . ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم ، وبه قال الشعبي والعنبري وشريك وأبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر

وروي عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الابوين وولد الام في الثلث فقاموا بينهم بالسوية المذكور . مثل حظ الاثنين وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما واسحاق لانهم سادوا ولد الام في القرابة التي يرثون بها فوجب أن يساووهم في الميراث فانهم جميعا من ولد الام وقرابتهم من جهة الاب ان لم تزدهم قربا واستحقاقا فلا يبغي أن تسقطهم ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الابوين لعمر وقد أقطعهم : هب أن ابهم كان حماراً فما زادهم ذلك الاقربا فشارك بينهم وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياما فقال فريضته جمعت ولد الاب والام وولد الام وهم من أهل الميراث فاذا ورث ولد الام وجب أن يرث ولد الاب والام كما لو لم يكن فيها زوج ولنا قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فليكمل واحد منهما السدس فان كانوا اكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) ولا خلاف في ان المراد بهذه الآية ولد الام

شيء والباقي لولد الابوين بنت واختان وجد الباقي بين الجد والاختين على اربعة وتصح من ثمانية فان كن ثلاث اخوات فالباقي بينهم على خمسة فان كنا أكثر من أربع فله الثلث أو سدس الباقي والباقي لمن (فصل) بنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن واخت وجد للبنتين الثلثان والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة وتصح من تسعة وان كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين وتصح من ستة وان كان مكانه اختان صححت من اثني عشر ويستوي في هاتين المستثنتين السدس والمقاسمة فان زادوا عن أخ أو عن اختين فرضت للجد السدس وكان الباقي لهم فان كان معهم أم أو جدة فللجد السدس ولا شيء للاخوة والاخوات

(فصل) زوج واخت وجد للزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للاخت النصف وللجد السدس وعالت الى سبعة وان كان مع الاخت أخرى فالباقي بينهم على اربعة وعندها لها الثلثان وتعمل الى ثمانية وان كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين وان كان أخ واخت أو ثلاث أخوات تاسمهم الجد وان كان اخوان او من يعدلها استوى السدس والمقاسمة فان زادوا فرضت له السدس والباقي لهم فان كان زوج وبنت واخت وجد للزوج الربع وللبنت النصف والباقي بينهما على

على الخصوص فمن شرك بينهم فلم يهبط كل واحد منها السدس فهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى وهي قوله (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فلا ذكر مثل حظ الأنثيين) يراد بهذه الآية سائر الأخوة والأخوات وهم يسوون بين ذكورهم وأنثاهم وقال النبي ﷺ وألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكره ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها ومن جهة المعنى أن ولد الابوين عصبة لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يستطرا كما لو كان مكن ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين امكن للواحد السدس والمائة السدس الباقي لكل واحد عشر وعشره وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله لم لا يجوز لاثنتين استقامتهم وقولهم تساويان في قرابة الام قلنا فلم يساووهم في الميراث في هذه المسئلة؟ وعلى انا نقول ان ساووهم في قرابة الام فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض وهذا الذي اقتصروا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابوين فان الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض وتأخير العصبة ولذلك يقدم ولد الام على ولد الابوين في القدر في المسئلة المذكورة وشبهها فكذلك يقدم وان سقط ولد الابوين كغيره ويلزمهم ان يقولوا في زوج وأخت من أبوين وأخت من أب معها أخوها أن الاخ بسقط وحده فترث أخته السبع لان قرابتها مع وجوده كقرابتها مع عدمه وهو لم يحجبها فبلا عدوه حمارا وورثوها مع وجوده كبرائها مع عدمه؟ وما ذكروه من القياس طردي لا معنى تحته قال العنبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الخبري وهذه وساطة مليحة وبعبارة صحيحة وهو كما قال الا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة في الشرع فانه وضع للشرع بالرأي من غير دليل

ثلاثة ويستوي السدس ههنا والمفاسمة فان زادوا على أخت فرضت للجد السدس والباقي لهم وان كان مع الزوج بنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سقطت الأخوة والأخوات وفرضت للجد السدس وعالت الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت وأخت وجد الباقي بين الجد والأخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فلان كان مكان الأخت اخ أو أختان فالباقي بينهم نصفين وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين وإن زادوا فرض للجد السدس وانتقلت المسئلة الى أربعة وعشرين ثم تصح على المنكسر عليهم وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم وجدة فرضت للجد السدس ويبقى للأخوة والأخوات سهم من أربعة وعشرين

(فصل) قال رضي الله عنه وللأم أربعة أحوال (حال) لها السدس وهي مع وجود الولد وولد الابن أو اثنين من الأخوة والأخوات (وحال) لها الثلث وهي مع عدم هؤلاء (وحال) لها ثلث ما بقي وهي زوج وأبوان وامرأة وأبوان لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين (وحال) رابع وهي إذا لم يكن لولدها أب لسكونه ولد زنا أو متنفيا بلان فانه يتقطع بمصبتها من جهة من قناه فلا يرثه هو ولا أحد من عصبائه ،

٢٤ حكم ما إذا كان زوج وأم وأخوة وأخوات لام وأخت لاب وأم وأخوات لاب (المفني والشرح الكبير)

ولا يجوز الحكم به لو ائرد عن المعارض فكيف وهو وفي مسئلتنا بخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ ومن العجب ذهب الشافعي إليه هنا مع تحفظته الداهين إليه في غير هذا الموضع وقوله من استحسن فقد شرع وموافقة الكتاب والسنة أولى .

(فصل) ولو كان مكان ولد الابوين عصة من ولد الاب سقط قولاً واحداً ولم يورثهم أحد من اهل العلم فيما علمنا لأنهم لم يساؤوا ولد الام في قرابة الام ولو كان مكانهم اخوات من ابوين أو من أب فرض لمن الثنتان وعالت المسئلة الي عشرة في قول الجهم الا في قول ابن عباس ومن تابعه ممن لا يرى العول فانهم يردون النقص على الاخوات غير ولد الام فمقتضى قوله سقوط الاخوات من ولد الابوين كما لو كانوا أخوة وبنين أن العوَاب خلاف ذلك ان شاء الله تعالى .

(فصل) إذ قيل امرأة خلفت أما وابني عم أحدهما زوج والاخر أخ من أم وثلاثة أخوة متفرقين قل هذه المشتركة للزوج النصف وللأم السدس وللآخرين من الام الثلث وسقط الاخوات من الابوين والاب ومن شرك جعل للاخ من الابوين تسع ولكل واحد من الآخرين من الام تسعاً

(مسئلة) قال واذا كان زوج وأم وأخوة وأخوات لام وأخت لاب وأم وأخوات لاب فللزوج النصف وللأم السدس وللأخوة والأخوات من الام الثلث بينهم بالتسوية وللأخت من الأب والام النصف وللأخوات من الأب السدس

أما التسوية بين ولد الام فلا نعلم فيه خلافاً الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الانثى لقول الله تعالى 'فهم شركاء في المال' وقال في آية أخرى (وان كانوا أخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين)

وجملته أن الام لها الاربعة الاحوال المذكورة اما استحقاتها الثلث مع عدم الولد وولد الابن والانثيين من الاخوة والأخوات من أي الجهات كانوا فلا نعلم في ذلك خلافاً بين أهل العلم ، وقد دل عليه قوله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثه أبواؤه فلانهم الثلث) وأما استحقاتها السدس اذا كان للميت ولد أو ولد ابن أو ابنتين من الاخوات فهو قول الجمهور ، وقال ابن عباس لا يحجب الام عن الثلث إلى السدس من الاخوة والأخوات الا ثلاثة ، وحكي ذلك عن معاذ لقول الله تعالى (فان كان له إخوة فلانهم السدس) وأقل الجمع ثلاثة وروي أن ابن عباس قال لعثمان رضي الله عنهما ليس الاخوان لإخوة في لسان قومك فلم يحجب بهما الام؟ فقال لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث اناس به ولنا قول عثمان هذا فانه يدل على الاجماع ثم هو قبل مخالفة ابن عباس ولان كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنتين كحجب البنات بنات الابن والأخوات من الابوين الأخوات من الاب والأخوة يستعمل في الاثنين قال الله تعالى (فان كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) وهذا

ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) فسوى بين الذكر والانثى وقوله (فهم شركاء في الثلث) من غير تفضيل لبعضهم على بعض يقتضي التسوية بينهم كما لو وصى لم بشي، أو أقر لهم به. وأما الآية الأخرى فالمراد بها ولد الابن وولد الاب وولد الاب بدليل أنه جعل للواحدة النصف والاثنتين الثلثين وجعل الاخ يرث أخته الكل ثم هذا مجمم عليه ولا عبرة بقول شاذ وتورث ولد الام ههنا الثلث والام السدس والزوج النصف تسمية لا خلاف فيها أيضاً

وقد اجتمع في هذه المسئلة فروض يضيق المال عنها فان النصف للزوج والنصف للاخت من الابوين بكل المال بهما ويزيد ثلث ولد الام وسدس الام وسدس الاخت من الاب فتعول المسئلة بثلاثيها وأصلها من ستة أسهم فتعول الى عشرة وتسمى أم الفروع لكثرة عولها شبهوا أصلها بالام وعولها بفروعها وليس في الفرائض مسئلة تقول بثلاثيها سوى هذه وشبهها ولا بد في أم الفروع من زوج واثنين فصاعداً من ولد الام وأم او جدة واثنين من ولد الابوين أو الاب أو احدهما من ولد الابوين والاخرى من ولد الاب فتى اجتمع فيها هذا عالت الى عشرة ومعنى العول أن تزدهم فروض لا يتسع المال لها كهذه المسئلة فيدخل النص علىهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص لضيق ماله عن وقائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يقفها والثلث بين أرباب الوصايا اذا عجز عنها وهذا قول عامة الصحابة ومن تبعهم من العلماء رضي الله عنهم يروى ذلك عن عمر وعلي والعباس وابن مسعود وزيد، وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري وأهل العراق والشافعي وأصحابه وإسحاق ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم الا ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها. نقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وعطاء وداود فانهم قالوا لا تعول المسائل

الحكم ثابت في أخ وأخت ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعاً حقيقة ومنهم من يستعمله مجازاً فيصرف اليه بالدليل ولا فرق في حجتها بين الذكر والانثى لقوله تعالى (اخوة) وهذا يقع على الجميع لقوله تعالى (وإن كانوا اخوة رجالاً ونساء) فقصرهم بالرجال والنساء، وأما استحقاتها لثالباقى في زوج وأبوين وامرأة وأبوين فهاتان المسئلتان تسمى العربيتين لان عمر رضي الله عنه قضى بذلك فاتبه عثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود وروى ذلك عن علي، وبه قال الحسن والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجعل ابن عباس ثلث المال كله للام في المسئلتين لان الله تعالى فرض لها الثلث عند عدم الولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة وروى ذلك عن علي ويروى عن شريح ذلك في زوج وأبوين، وقال ابن سيرين كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين وبه قال أبو ثور لانا لو فرضنا للام ثلث المال في زوج وأبوين لفضلناها على الاب ولا يجوز ذلك وفي (المغني والشرح الكبير) (٤) (الجزء السابع)

روي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم: من شاء. بآلهته أن المسائل لاتعول، إن الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً هذان نصفان ذهباً بالمال فأين موضع الثلث؟ فسميت هذه المسئلة مسئلة المباحلة لذلك وهي أرل مسئلة عائلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للمشورة فيها فقال العباس أرى أن تقسم المال بينهم على قدر شهابهم فأخذ به عمر رضي الله عنه واتبعه الناس على ذلك حتي خالفهم ابن عباس فروى الزهري عن عبد الله بن عبد الله ابن عتبة قال قيت زفر بن أوس البصري فقال رضي الله عن عبد الله بن عباس نتحدث عنده فأبيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه أنه قال سبحانه الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً ذهب النصفان بالمال فأين موضع الثلث؟ وأيم الله لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله ما عالت فريضة أبداً فقال زفر فمن الذي قدمه الله ومن الذي أخره الله؟ فقال الذي أهبطه من فرض إلى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض إلى ما بقي فذلك الذي أخره الله فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب فقلت لا أشرت عليه؟ فقال هبته وكان أمراً مبيهاً قوله من أهبطه من فريضة إلى فريضة فذلك الذي قدمه الله يريد أن الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يجب إلى فرض آخر لا يتقص منه وأما من أهبطه من فرض إلى ما بقي يريد البنات والأخوات فانهن يفرض لهن فإذا كان معهن أخوتهن ورثوا بالتعصيب فيمكن لهن ما بقي قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض إذا ازدحمت رد النقص على البنات والأخوات

ولنا أن كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق كأصحاب الديون والوصايا، ولأن الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف وفرض للاختين الثلثين كما فرض للثلاث للاختين من الام فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم مع نص الله

مسئلة الزوجة لا يؤدي إلى ذلك واحتج ابن عباس بمعوم قوله تعالى (فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلا مه الثلث) وقوله عليه السلام «ألقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلا ولي رجل ذكر» والاب ههنا عصبه فيكون له ما فضل عن ذوي الفروض كما لو كان مكانه جد

قال شيخنا: والحجة معه لولا انعقاد الاجتماع من الصحابة على مخالفته ولأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض كان للام ثلث الباقي كما لو كان معهم بنت ويخالف الأب الجد لأن الاب في درجتها والجد أعلى منها، وما ذهب إليه ابن سيرن تفريق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه ثم انه مع الزوج يأخذ مثل ما أخذت الام، كذلك مع المرأة قياساً عليه، فأما الحال الرابع وهي إذا كان ولداً منفياً بلعان فإن الرجل إذا لا عن امرأته واتنى منه ولداً وفرق الحالك بينهما اتنى ولداً عنه وانقطع تعصيه من جهة الملاعن فلم يرثه هو ولا أحد من عصبائه ورث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين لا نعلم بين أهل العلم في هذه المسئلة خلافاً فأما ان مات احدهم قبل تمام

تعالى عليه بالرأي والتحكم ولم يكن الوفاء بها فوجب أن ينساوا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون . وقد يلزم ابن عباس على قوله مسألة فيها زوج وأم وأخوان من أم فإن حجب الام الى السدس خالف مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الاخوة وان نقص الاخيرين من الام رد النقص على من لم يهبه الله من فرض الى ما بقي . وان أعاد المسئلة رجع الى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قائلًا بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافاً بين فقهاء الامصار في القول بالعدل بحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس لاصحابه في خمس مسائل اشتهر قوله فيها (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال فيها (والثالثة) أنه لا يحجب الام الا بثلاثة من الاخوة (الرابعة) لم يجعل الاخوات مع البنات عصبية (الخامسة) أنه لا يعمل المسائل ، فهذه الخمس محت الرواية عنه فيها ، واشتهر عنه القول بها ، وشذت روايات سوى هذه ذكرنا بعضها فيما مضى

(مسئلة) قال (وإذا كانا ابنا عم أحدهما أخ لأم ففلاخ للام السدس وما بقي بينهما نصفين)

هذا قول جمهور الفقهاء يروى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على ذلك ويروي ذلك عن علي رضي الله عنه وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم . وقال ابن مسعود: المال لذوي هو أخ من أم وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وأبو نذر لانها استويا في قرابة لاب وفضله هذا بأمر نصار كأخوين أو ميتين أحدهما لابوين والآخر لاب ولأنه لو كان ابن عم أخوين وابن عم لاب كان ابن العم للابوين أولى فاذا كان قربه لكونه من ولد الجدة قدمه فكونه من ولد الام أولى ، ولنا ان الاخوة من الام يفرض له بها اذا لم يرث بالتعصيب وهو إذا كان معه أخ من

اللعان بين الزوجين ورثه الآخر في قول الجمهور ، وقال الشافعي اذا أكل الزوج لعانه لم يتوارثا وقال مالك إن مات الزوج بعد لعانه فإن لاعت المرأة لم ترث ولم تحدد ، وان لم تلعن ورثت وحدت وإن مات هي بعد لعان الزوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي فإن تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما لم يتوارثا في إحدى الروايتين ، وهو قول مالك وزفر ، وروي نحو ذلك عن الزهري وربيعة والاوزاعي وداود لان اللعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقه به التفريق بينهما كالرضاع (والثانية) يتوارثان ما لم يفرق الحاكم وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لان النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ، ولو حصل التفريق باللعان لم يخرج الى تفريقه وان فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقه ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور ، وقال أبو حنيفة وصاحبه ان فرق بينهما بعد أن تلعنا ثلاثاً وقعت الفرقه وانقطع التوارث لانه وجد منهما معظم اللعان وان فرق بينهما قبل ذلك لم ينقطع التوارث ولم تقع الفرقه .

أبو بن أو من أب أو عم وما يفرض له به لا يرجع به كما لو كان أحدهما زوجا ، وبفارق الاخ من الابوين والعم وابن العم إذا كانا من أبوين فإنه لا يفرض له بقرابة أمه شي . فرجع به ولا يجتمع في احدى القرابتين ترجيح وفرض

(فصل) فان كان معهما أخ لأب فللاب من الام السدس والباقي للاب من الاب فان كان معهما أب من أبوين فكذا ذلك وان كان ابن عم لابوين وابن عم هو أخ لأم فعلى قول الجمهور للاخ السدس والباقي للآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو أخ لأم

(فصل) فان كان ابنا عم أحدهما أخ من أم وبنت أو بنت ابن فللأبنت أو بنت الابن النصف والباقي بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الام بالبنات ولو كان الذي ليس بأخ ابن عم من ابوين أخذ الباقي كله كذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المسئلتين بدليل أن الاخ من الابوين يتقدم على الاخ من الاب بقرابة الام فان كان في الفريضة بنت محجب قرابة الام ، وحكي عن سعيد ابن جبير أن الباقي لابن العم الذي ليس بأخ ، وان كان من أب لانه يرث بالقرابتين ميراثا واحدا فاذا كان في الفريضة من يحجب احدهما سقط ميراثه كما لو استغرقت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم يرث بقرابة الام بدليل مسألة المشتركة

ولنا علي بن مسعود أن البنات تسقط الميراث بقرابة الام فبقي التعصيب منفردا فيرث به وفارق ولد الابوين فان قرابة الام ثم يرجع بها ولا يفرض لها فلا يؤثر فيها ما يحجبها ، وفي مسئلتنا يفرض له بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو أخ من أب وبنت لم تحجب البنات قرابة الام ولم ترث بها شيئا فكان للبنات النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنات لورث لكونه أخا من أم السدس فاذا حجبه البنات مع الاخ من الاب وجب أن نحجبه في كل حال

ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان أشبه التفريق قبل الثلاث وهذا الخلاف في توارث الزوجين ، قالوا الولد فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحالك لان اتفاهه بنفيه لا بقول الحالك فرقت ينسكبا فان لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن ولم ينقطع التوارث بينهما ، وقال أبو بكر ينتفي بزوال الفراش لان النبي صلى الله عليه وسلم نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه ، ويحقق ذلك أن الولد كان حملا في البطن فقال النبي صلى الله عليه وسلم « انظروها فان جاءت به أحيمر كأنه وحره حمش الساقين فلا أراه إلا قد كذب عليها ، وإن جاءت به جعداً جالياً خدلج الساقين ساينج الاليتين فهو للذي رميت به » فأنت به على التعت المكروه .

﴿ مسألة ﴾ (وعصبته عصبه أمه وعنه أنها هي عصبته)

اختلف أهل العلم في ميراث الولد المنفي باللعان فروي عن احمد فيه روايتان . (احدهما) : ان عصبته عصبه أمه ، نقلها الأثرم ، وحنبل يروي ذلك عن علي وابن عباس وابن عمر ، وبه قال الحسن

لان الحجب بها لا بالاخ من الاب وما ذكره سعيد بن جبير يتقضى بالاخ من الابوين مع البنات وبابن العم اذا كان زوجا معه من يحجب بني العم ولا نسلم أنه يرث ميراثا واحدا بل يرث بقرابته ميراثين كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج ، وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث الاميراثا واحدا فان قرابة الام لا ترث بها مفردة

(فصل) فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه إحداها (والثانية) في بنت وبنت ابن وابن ابن الباقي عنده للابن دون أخواته (الثالثة) في أخوات الابوين وأخوات لاب الباقي عنده للاخ دون أخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنت ابن عنده لبنت الابن الا ضربين من السدس أو المفاضة (الخامسة) أخت لابوين وأخ وأخوات لاب للاخوات عنده الا ضربين من ذلك (السادسة) كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والثقاتين ولا يورثهم

(فصل) ابن ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر للاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود السك للاخ وسقط الآخر وان كان أحدهما ابن أخ لام فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ للام من ذوي الارحام ، وإن كان عمان (أحدهما) خال لام لم يرجح بخنولته وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان (أحدهما) لا يرجح بها (والثاني) يرجح بها على العم الذي هو من اب يأخذ المال لانه ابن الجد والجدة والآخر ابن الجد لا غير ، وان كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما يدلي بمجدة وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندهم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج فلزوج النصف والباقي بينهما نصفين عند الجميع فان كان الآخر أختا من أم فلزوج النصف وللأخ السدس والباقي بينهما أصلا من ستة فلزوج أربعة وللأم اثنتان ،

وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي والحكم وحماد والثوري والحسن ابن صالح إلا أن علياً يجعل ذا السهم من ذوي الارحام أحق ممن لا سهم له وقدم الرد على غيره . (والرواية الثانية) : ان الام عصبتها فان لم تكن فعصبتها عصبتها ، نقلها أبو الحارث ومها ، وهذا قول ابن مسعود ، وروى عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل ميراث ابن الملاءنة لأمه ولورثتها من بعدها ورواه أيضاً مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا وروى واثلة بن الأسقع عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تحوز المرأة ثلث موارث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاغت عليه » وعن عبد الله بن عبيد بن عمير قال : كتبت إلى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد الملاءنة لمن قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فكتبت إلي إني سألت فأخبرت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى به لأمه هي بمنزلة أبيه وأمه رواه أبو داود ولانها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه اليها فقامت مقامهما في حيازة ميراثه ولان عصبات الام أدلوا بها

وترجع بالاختصار الى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي الاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم . ثلاثة بني عم أحدهم زوج والاخر أخ من أم فلزوج النصف وللأخ السدس والباقي بينهما على ثلاثة أصلاً من ستة يضرب فيها الثلاثة نكناً ثمانية عشر فلزوج النصف تسعة والأخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل للزوج أحد عشر وهي النصف والتسع والأخ خمسة وهي السدس والتسع ، وثالث التسع سهمان فان كان الزوج ابن عم لابوين فالباقي كله له وان كان هو والثالث من أبوين فالثالث الباقي بينهما وتصح من ستة للزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس ، وابن مسعود في جميع ذلك يجعل الباقي بعد فرض الزوج لذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثالث بينهما والباقي لابن العم وتصح من ستة لابن العم خمسة والاخر سهم ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة أخوة أحدهم ابن عم فالثالث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم وتصح من تسعة وان كان اثنين منهم ابني عم فالباقي بعد الثالث بينهما وتصح من تسعة .

(فصل) ثلاثة إخوة لام أحدهم ابن عم وثلاثة بني عم أحدهم أخ لام فاضم واحداً من كل عدد الى العدد الآخر يصير معك أربعة بني عم وأربعة أخوة فهم ستة في العدد وفي الأحوال ثمانية ثم اجعل الثلث الإخوة على أربعة والثنين على بني العم على أربعة فتصح من اثني عشر لكل أخ مفرد سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لها النصف وللأربعة الباقيين النصف وعلى قول عبد الله للأخوة الثلث والباقي لابني العم الذين هما أخوات والله أعلم

فلم يرتوا معها كأقارب الأب معه وكان زيد بن ثابت يورث من ابن الملاعة كما يورث من غير ابن الملاعة ولم يجعلها عصبة ابنتها ولا عصبتها عصبتها، فان كانت أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاه فان لم تكن مولاة جعل لبيت المال ، وعن ابن عباس نحوه وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وسليمان ابن يسار وعمر بن عبد العزيز والزهرى وربيعة وأبو الزناد ومالك وأهل المدينة والشافعي وأبو حنيفة وصاحباه وأهل البصرة إلا أن أباحنيفة وأهل البصرة جعلوا الرذوذوي الارحام أحق من بيت المال لان الميراث إنما يثبت بالنسب ولا نص في توريث الام أكثر من الثلث ولا في توريث أخ من أم أكثر من السدس ولا في توريث أبي الام واشباهه من عصبات الام ولا قياس أيضاً فلا وجه لاثباته ووجه الرواية الاولى قول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا القرائض باهلها فما بقي فلا ولي رجل ذكر» وأرلى الرجال به أقارب أمه وعن عمر رضي عنه أنه ألحق ولد الملاعة بعصبة أمه وعن علي رضي الله عنه أنه لما رجم المرأة دعا أولياءها فقال : هذا ابنكم ترثونه ولا يرتكم وان جنى جناية فعليكم، حكاه الامام أحمد عنه ولان الام لو كانت عصبة كأبيه لحجبت اخوته ولان مولاه مولى أولادها فيجب أن يكون عصبتها بعصبة كالأب

(مسئلة) (فاذا خلف أما وخالا فلام الثلث بلا خلاف والباقي للخال)

(باب أصول سهام الفرائض التي تعول)

معنى أصول المسائل الخارج التي تخرج منها فروضها وأصول المسائل كلها سبعة لأن الفروض المحدودة في كتاب الله تعالى ستة : النصف والرابع والثلثان والثلث والسدس ، ومخرج هذه الفروض مفردة خمسة لأن الثلث والثلثين مخرجها واحد والنصف من اثنين والثلث والثلثان من ثلاثة والرابع من أربعة والسدس من ستة والثلث من ثمانية والرابع مع السدس أو الثلث أو الثلثين من اثني عشر والثلث مع السدس أو الثلثين من أربعة وعشرين فصارت سبعة . وهذه الفروض نوعان (أحدهما) النصف ونصف ونصف (والثاني) الثلثان ونصفها ونصف نصفها . وكل مسألة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجها وان كان فيها فرضان يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فأصلها من مخرج أحدهما ، وان كان فيها فرضان من نوعين لا يؤخذ أحدهما من مخرج الآخر فاضرب أحد المخرجين في الآخر أو وفقه فما بلغ فهو أصل المسئلة وفيها يكون العول لأن العول انما يكون في مسألة تزدهم فيها الفروض ولا يتسم المال لما فكل مسألة فيها نصف وفرض من النوع الآخر فأصلها من ستة لأن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة وهكذا سائرها

وللمسائل على ثلاثة أضرب : عادة وعائلة ورد ، فالعادة التي يستوي مالها وفروضها ، والعائلة التي تزيد فروضها عن مالها ، والرد التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصبية فيها وسنذكر أمثلة هذه الأضرب في هذا الباب بعون الله

لانه عصبية أمه ، وعلى الرواية الاخرى الكل للام وهذا قول علي وابن مسعود وأبي حنيفة وموافقيه الا أن ابن مسعود يعطيها لياه لكونها عصبته والباقيون بالرد وعن زيد الباقي لبيت المال فان كان معها أخ لام فله السدس والباقي له ان قلنا إنه العصبية على الرواية الاولى وعلى الاخرى الكل للام ولا شيء للخال على الروایتين ، فان كان معها مولى أم فلا شيء له عندنا وقال زيد ومن وافقه وأبو حنيفة الباقي له وان لم يكن لأمه عصبية الا مولاهما فالباقي له اذا قلنا عصبته عصبته وعلى الرواية الاخرى هو للام وهو قول ابن مسعود لأنها عصبية ابنها

(فصل) فان لم يخلف الا أمه فلها الثلث فرضاً والباقي بالرد وهو قول علي وسائر من يرى الرد وفي الرواية الاخرى لما الباقي بالتعصيب فان كان مع الام عصبية لها فهل يكون الباقي لها أو له على روايتين ذكرناهما فان كان لها عصبية فهو لاقربهم منها على الرواية الاولى فاذا كان معها أبوها وأخوها فهو لايها فان كان مكان الاب جد فهو بين أخيها وجدها نصفين فان كان معهم ابنها وهو أخوه لأمه فلا شيء لآخيها ويكون لأمه الثلث ولاخيه السدس ولاخيه الباقي أو ابن أخيه وان خلف أمه وأخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لآخيه دون أخته وان خلف ابن أخيه وبنت أخيه أو خاله

﴿مسئلة﴾ قال (وما فيه نصف وسدس أو نصف وثلاث أو نصف وثلاثان فأصلها من ستة وتعمل إلى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة ولا تعمل أكثر من ذلك)

أما إذا كان نصف وسدس فإن مخرج النصف اثنان ويوجد ذلك في مخرج السدس وهو الستة فكان أصلها جميعاً ستة وهكذا لو كان سدس وثلاث أو ثلثان فأصلها من مخرج السدس لا يزيد عليه وإن اجتمع النصف والثلثان أو الثلث فإن مخرج النصف اثنان ومخرج الثلث والثلثين ثلاثة ولا وفق بينهما فأضرب أحد المخرجين في الآخر تكن ستة ويصير كل كسر بمد مخرج الآخر ويدخل العول هذا الأصل لازدحام الفروض فيه وهو أكثرها عولاً والعول زيادة في السهام ونقصان في أنصيباء الورثة وأمثلة ذلك : زوج وأم وأخ من أم أصلها من ستة ومنها تصح زوج وأم وأخوان من أم، بنت وأم وعم أو عصبة ثلاث أخوات متفرقات وأخ من أم أو أم أو جدة، أبوان وبنتان بنت وأبوان، بنت وبنت ابن وأبوان أو جد وجدة، العول زوج وأختان من أبوين أو من أب وأحداهما من أبوين والآخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم أصلها من ستة وتعمل إلى سبعة زوج وأخت وجدة أو أخ لام، ست أخوات متفرقات وأم أخت لأب وأم وأخت لاب وأم وأخوان لام، عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف والاخت النصف وللأم الثلث سهمان تعمل إلى

وخاله فالباقي للذكر وإن خلف اخته وابن اخته فلاخته السدس والباقي لابن اخته وعلى الرواية الأخرى السكل للام في هذا الموضع

(فصل) ابن ملاعنة مات وترك بنتاً وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فإن كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (أحداهما) للمولى وهو قول الأكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود فإن لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في إحدى الروايتين والأخرى هو للام فإن كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والأخرى هو للام، بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أبو أم أو غيرهم من العصبات للبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة وإن كان معها أخ أو أخت أو ابن أخ وأخت أو خال وخالة فالباقي للذكر وحده في قولهم وقال أبو حنيفة وأصحابه المال للبنت بالفرض والرد ورووا ذلك عن علي عليه السلام أنه جعل ذا السهم أحق بمن لا سهم له وأنه ورث ابن ملاعنة ذوي أرحامه كما يرثون من غيره قال ابن اللبان وليس هذا محفوظاً عن علي إنما المشهور عنه قوله لاولياء المرجومة عن ابنها : هذا ابنكم ترثونه ولا يرثكم فإن جنى جنابة فعليكم وفسر القاضي قول أحمد أن لم يكن أم فعصبتها عصبة بتقديم الرد على عصبة الام كقوله في أخت وابن أخ المال كله للاخت قال شيخنا وهذا تفسير للكلام بضد ما يقتضيه وحمل اللفظ على خلاف ظاهره وإنما هذه الرواية كذهب ابن مسعود ورواية الشعبي

ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو أخ من أم فهي من ثمانية أيضاً (عول تسعة) زوج وست أخوات مفترقات تعول الى تسعة وتسمى الفراء زوج أم وثلاث أخوات مفترقات تعول الى عشرة وتسمى أم الفروخ لكثرة عولها لانها عالت بثلاثها فشبها الاصل بالأم والعول بالفروخ . ويروي أن رجلاً جاء الى شريح فقال ان امرأتي ماتت ولم تترك ولداً فكم لي من ميراثها ؟ قال لك النصف فن خلفت ؟ قال خلفت أمها وأختها من أبيها وأختها من أمها واما قال لك ثلاثة أسهم من عشرة فخرج الرجل فقال ألا تعجبون من قاضيكم ؟ قال لي النصف فوافقه ما أعطاني نصفاً ولا ثلثاً ، فقال له شريح الا انك تراني قاضياً ظالماً وانا اراك رجلاً فاجر أنكم اتهمتم وتذبح الفاحشة ، وحتى عالت المسئلة الى تسعة أو الى عشرة لم يكن الميت امرأة لا لها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تعول المسئلة الى أكثر من هذا ولا يمكن أن يجتمع فروض أكثر من هذا . وطريق العمل في العول ان تأخذ الفروض من أصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فما بلغت السهام قاله ينتهي فتقول في زوج وأم وست أخوات مفترقات الزوج النصف ثلاثة والأم السدس سهم وللأختين الثلثان أربعة والأختين من الأم الثلث سهمان صارت عشرة

عن علي وعبد الله أنهما قالوا لعصبة ابن الملاعة أمه تراث ماله أجمع فان لم يكن أم فمصبته أعصبة : امرأة وجدة وأختان وابن أخ للمرأة الربع وللجدة السدس والأختين الثلث والباقي لابن الأخ في الروايتين جميعاً ، وقال أبو حنيفة الباقي يرد على الأختين والجدة وهو قول القاضي في الرواية الثانية : أبو أم وبنت وابن أخ وبنت أخ الباقي لابن الأخ وحده ويحتمل يكون لاب الأم سدس باقي المال وخمس أسداسه لابن الأخ ، وقال أبو حنيفة المال بين أبي الأم والبنت على أربعة بالفرض والردي

(فصل) فان لم يترك ابن الملاعة ذا سهم فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة وقد روي ذلك عن علي وقال أبو حنيفة وأصحابه هو بين ذوي الارحام كغيره ، ورووه عن علي وذلك مثل خال وخالة وابن أخ وأخته المال للذكر وفي قول أبي حنيفة هو بينهما في المسئلتين نصفين : خالة لأب وأم وخال لأب المال للخال وقال أبو حنيفة هو للخالة : خالة وبنت بنت المال بينهما على أربعة ، واذا لم يخلف ابن الملاعة الا ذا رحم فحكمهم في ميراثه حكمهم في ميراث غيره على ما نذكره

(فصل) واذا قسم ميراث ابن الملاعة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقصت القسمة ، وقال أبو حنيفة لا يباحقه النسب بعد موته الا ان يكونا توأمين مات احدهما واكذب نفسه والاخ باق فيلحقه نسب الباقي والميت معا وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المتني بالعمان توأمين ولهما أخ آخر من الزوج لم ينفع مات أحد التوأمين فيراث توأمه منه كغيره الا في قول الجمهور وقال مالك يرثه توأمه كغيره أخ لا يوين لانه أخوه لا بويه بدليل أن

(مسئلة) قال (وما فيه ربع وسدس أو ربع وثلاث أو ربع وثلثان فأصلها من اثني عشر وتعمل الى ثلاثة عشر والى خمسة عشر والى سبعة عشر ولا تعمل الى أكثر من ذلك)

أما كان أصلها من اثني عشر لان مخرج الربع أربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا وفق بينهما فإذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فإن كان مخرج الربع سدس فبين الستة والأربعة موافقة وإذا ضربت وفق أحدهما في الآخر صار اثني عشر، ولا بد في هذا الأصل من أحد الزوجين لانه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضاً لغيرهما. وأمثلة ذلك: زوج وأبوان وخمسة بنين للزوج الربع ثلاثة والأبوين السدسان يبقى خمسة لكل ابن سهم : زوج وابنتان وأخت وعصبة : امرأة وأختان للأبوين أو لاب أو أختان لام وعصبة : امرأة وأخوان لام وسبعة أخوة لاب. العول زوج وابنتان وأم تعمل الى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات: زوج وأبوان وابنتان تعمل الى خمسة عشر: امرأة وأختان من أب وأختان من أم: امرأة وأم وست أخوات مفترقات تعمل الى سبعة عشر: ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وثمان لاب تعمل الى سبعة عشر ويصح لكل واحدة منهم سهم وتسمى أم الأرامل ويعاينها فيقال سبع عشرة امرأة من جهات مختلفة أقدم من مال ميت بالسوية لكل امرأة سهم وهي هذه ولا يعمل هذا الأصل الى أكثر من هذا ولا يمكن أن يكمل هذا الأصل بفروض من غير عصبة ولا عمل

الزوج لو أقرب أحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ولنا أنهما توأمان لم يثبت لهما أب ينتسبان اليه فأشبهنا توأمي الزانية ولا خلاف في توأمي الزانية وفارق هذا ما إذا استلحق أحدهما لانه ثبت باستلحاقه أنه أبوهما

(فصل) قولهم ان الام عصبة ولدها أو ان عصبتها عصبتها إنما هو في الميراث خاصة كقولنا في الاخوات مع البنات. فعلى هذا لا يعقلون عنه ولا تثبت لهم ولاية التزويج ولا غيره هذا قول الأكثرين وقد روي عن علي رضي الله عنه أنه قال لا أولياء المرحومة في ولدها هذا ابتكم ترثونه ولا يرثكم وان جنى فعليكم وروي هذا عن عبدالله وابراهيم

ولنا أنهم إنما ينتسبون اليه بقراءة الام فلم يعقلوا عنه ولم تثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات ، فاما ان اعتق ابن المملوكة عبداً ثم مات ثم مات المولى وخلف ام مولاة واخا مولاة احتمل ان يثبت لهما الارث بالولاء لان التعصيب ثابت وحي ذلك عن ابي يوسف، وهل يكون للام أو للاخ؟ على الروايتين، ويحتمل ان لا يثبت لهما ميراث لان النساء لا يرثن من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن فكذلك من يدلي بهن وما ذكرناه للاختصاص الأول يبطل بالاخوات مع البنات ومن عصبن اخوهن من الاناث

(مسئلة) (وإذا مات ابن المملوكة وخلف امه وجدته فلامه الثلث والباقي للجدة على إحدى

ولا يمكن ان تعول الا على الافراد لان فيها فرضا يبين سائر فروضها وهو الربم فانه ثلاثة وهي فرد وسائر فروضها يكون زوجا فالسدس اثنان والثالث أربعة والثنان ثمانية والنصف ستة ومتى عالت الى سبعة عشر لم يكن الميث فيها إلا رجلا

(مسئلة) قال (وما كان فيه ثمن وسدس أو ثمن وسدس أو ثمن وثلثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعول الى سبعة وعشرين ولا تعول الى أكثر من ذلك)

إنما كان كذلك لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثنتين أو في وفق مخرج السدس فيكون أربعة وعشرين ولم تقل ثمن وثلث لان الثالث لا يجتمع مع الثمن فانه لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسئلة فيها ولد لانه لا يكون الا لولد الام والولد يقطعهم أو الام بشرط عدم الولد ومسائل ذلك: امرأة وأبوان وابن أو ابنان أو بنون وبنات: امرأة وابنتان وأم وعصبة: ثلاث نسوة وأربع جدات وستة عشر بنتا وأخت: امرأة وبنت ابن وجدة وعصبة: العول امرأة وأبوان وابنتان تعول الى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لأنها أقل الاصول عولا لم نعل الا بشمها وتسمى المنهية لان عليها رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار ثمنها تسعة ومضى في خطبته . يعني ان المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها باعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسم ولا يكون الميث

الروايتين وهذه جدة ورثت مع ام اكثر منها)

إذا مات ابن ابن الملاعة وخلف امه وام ابيه فلامه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي وعلى الرواية الاخرى الباقي لام ابيه لانها عصبة ابيه وهذا قول ابن مسعود؛ وما يابها فيقال: جدة ورثت مع ام اكثر منها وان خلف جدته فالمال بينهما بالفرض والرد على قول علي وفي قول ابن مسعود لها السدس فرضا بينهما وباقي المال لام ابيه: ام ام وخال اب، لام الام السدس وفي الباقي قولان (احدهما) انه لها بالرد (والثاني) لخال الاب وفي قول علي السكل للجدة: خال وعم وخال اب وابو ام اب المال للم لان ابن الملاعة فان لم يكن عم فلا يبي ام الاب لانه ابوها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن فلخال لانه ذو رحمه: بنت وعم للبنت النصف والباقي للم وفي قول علي السكل للبنت لانه يقدم الرد على توريق عصبة امه: بنت وام وخال المال بين البنت والام على أربعة بالفرض والرد ولا شيء للخال لانه ليس بعصبة الملاعة، ولو كان بدل الخال خال اب كان الباقي له لانه عصبة الملاعة، فأما ابن ابن الملاعة فاذا خلف عمه وعم ابيه فالمال لعمه لانه عصبته وهذا ينبغي ان يكون اجما، وقد قال بعض الناس يحتمل ان يكون عم الاب اولى لانه ابن الملاعة وهذا غلط بين لان العصبات انما يتبر اقربهم من الميث لان آباءه، وإن خلف ثلاث جدات متحاذيات فالسدس بينهما والباقي يرد عليهن في إحدى الروايتين وهو قول علي وفي الثانية لام ابي ابيه وهو قول ابن مسعود وإن خلف امه وجدته وجدة ابيه فلامه الثلث

في هذا الاصل إلا رجلاً لأن فيها غنا ولا يكون إلا للمرأة مع الولد ولا يمكن أن يعول هذا الاصل إلى أكثر من هذا إلا على قول ابن مسعود فإنه يحجب الزوجين والام بالولد - كافر والقاتل والرقيق ولا يورثه ، فعلى قوله إذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلاثان أربعة وعشرون والام المرأة السدس والثلث سبعة فمعدل إلى أحد وثلاثين

(فصول في تصحيح المسائل)

وإذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعرفها إن كانت عائلة إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب وفق عددهم في أصل المسئلة وعرفها إن كانت عائلة فما بلغ منه تصح فاذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم، وإن شئت قلت إذا كان الكسر على فريق واحد فلو احدثم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم قبل التصحيح أو وفقه إن كان وافق ، مثال ذلك : زوج وأم وثلاثة أخوة أصلاً من ستة للزوج النصف ثلاثة والام السدس سهم بقي للاخوة سهمان لا تنقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو ثلاثة في أصل المسئلة تكن ثمانية عشر سهماً : للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة والام سهم في ثلاثة ثلاثة وللأخوة سهمان في ثلاثة ستة لكل واحد منهم سهمان، ولو كان الأخوة ستة وافقهم

ولا شيء لجده وفي الباقي روايتان (إحداهما) يرد على الام (والثانية) لجدة أبيه ، وإن خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالmaal لخال جده فإن لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه ، فأما ولد بنت الملائنة فليست الملائنة عصبه لهم في قول الجسيم لأن لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملائنة ولو اعتقت بنت الملائنة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلفت أم مولاه ورثت مال المولى لأنها عصبه لبنتها والبنت عصبه لمولاه في أحد الوجهين وقد ذكرناها في ابن الملائنة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ما ذكرنا كالحكم في ولد الملائنة على ما ذكرنا من الأقوال والاختلاف إلا أن الحسن بن صالح قال عصبه ولد الزنا سائر المسلمين لأن أمه ليست فراشاً بخلاف ولد الملائنة ، والجمهور على التسوية بينهما لا تقطع نسب كل واحد منهما من أبيه إلا أن ولد الملائنة يلحق الملائنة إذا استلحقه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور ، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطي إذا أقيم عليه الحد ويرثه وقال إبراهيم يلحقه إذا جلد الحد أو ملك الموطوءة وقال اسحاق يلحقه وذكر عن عروة وسليمان بن يسار بنحوه وروي علي بن عاصم عن أبي حنيفة أنه قال لا أرى بأساً إذا زنى الرجل بالمرأة فحمت منه أن يزوجه مع حملها ويستر عليها والولد ولده وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه أنه لا يلحقه وإنما الخلاف فيما إذا ولد على غير فراش ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللماهر الحجر » ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه

سهامهم بالنصف فردهم الى نصفهم ثلاثة وتعمل فيها كعملك في الاولى سواء ولكل واحد من الاخوة سهم وهو وفق سهام جماعتهم

(فصل) وان كان الكسر على فريقين لم نخل من أربعة أقسام [أحدها] أن يكون العدان مئائتين فيجزئك ضرب أحدهما في المسألة ومثال ذلك : زوج وثلاث جدات وثلاثة اخوة أصلاً من ستة لزوج ثلاثة وللجدات سهم وللأخوة سهمان فتضرب أحد العددين في المسألة تكن مئانية عشر، وطريق القسمة فيها مثل طريقها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء ولو كان الاخوة ستة واقفوا سهامهم بالنصف رجعوا إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العدان متناسبين وهو أن يكون أحدهما ينتسب الى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه وثله أو غير ذلك من الاجزاء فيجزئك ضرب العدد الأكثر منهما في المسألة، ومثاله ما لو كان الجدات في هذه المسألة ستا فان عدد الاخوات نصف عدد الجدات فاجتري، بعددهن واضربه في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين ومنها تصح، ولو كان عدد الاخوة ستة واقفهم سهامهم بالنصف ورجعوا الى ثلاثة وعملت على ما ذكرنا

(القسم الثالث) أن يكون العدان متباينين لا يماثل أحدهما الآخر ولا يناسبه ولا يوافقه مثل أن يكون عدد الجدات أربعاً والاخوة ثلاثة فانك تضرب عدد أحدهما في جميع الاجزاء فما بلغ

فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشاً أو كما لو لم يجلد الجد عند من اعتبره والله أعلم
(فصل) قال رحمه الله (وللجدات السدس واحدة كانت أو أكثر إذا تحاذين)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم تكن أم لليت وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الأم لأنها تدلي بها فقامت مقامها عند عدمها كالجد يقوم مقام الأب ولنا ما روى قبيصة بن ذؤيب قال جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب ميراثها فقال مالك في كتاب الله شيء وما أعلم لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن شيئاً أرجعني حتى أسأل الناس فقال المغيرة بن شعبه حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاه السدس فقال هل معك غيرك؟ فشهد له محمد ابن مسلمة فامضاه لها أبو بكر رضي الله عنه، فلما كان عمر رضي الله عنه جاءت الجدة الأخرى فقال مالك في كتاب الله شيء وما كان القضاء الذي قضى به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً ولكن هو ذاك السدس فان اجتمعوا فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها، رواه مالك في الموطأ والترمذي وقال حديث حسن صحيح، وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات، وعن بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم رواه أبو داود وهذا يدل على أنها لا ترث منها شيئاً، ولأن الجدة تدلي بالأم فسقطت بها كسقوط الجد بالأب وابن الابن به فأما أم الأب فانها إنما ترث ميراث

ضربته في المسألة ومتى ضربته هنا كان اثني عشر فإذا ضربته في المسألة كانت اثنين وسبعين ، وإن وافق أحد العددين سهاه دون الآخر أخذت وفق الموافق وضربته فيما لم يوافق وعمت على ما ذكرنا وإن وافقاً جميعاً سهاهما رددتهما إلى وقفهما وعمت في الوقفين عملا في العددين الأصليين

(القسم الرابع) أن يكون العددان متعقبن بنصف أو ثلث أو ربع أو غيره ذلك من الاجزاء فانك ترد أحد العددين إلى وقفه ثم تضربه في جميع الآخر فما بلغ ضربته في المسألة ومثاله أن تكون الاخوة تسعة والجندات ستا فيتفقان باثلث فترد الجندات إلى ثلثين اثنين وتضربهما في عدد الاخوة تكن ثمانية عشر ثم تضرب ذلك في أصل المسألة تكن مائة وثمانية ومنها تصح

(فصل) وإن كان الكسر على ثلاثة أحياز نظرت فإن كانت متائلة كثلث جندات وثلاث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدهما في المسألة فما بلغ ففقه تصح المسألة ، ولكل واحد منهم بهذا التصحيح مثل ما كان لجماعتهم ، وإن كانت متناوبة كجنتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت باكثرها وهي العشرة فضربتها في المسألة تكن ستين ومنها تصح ، وإن كانت متباينة مثل أن يكون الأعمام في هذه المسألة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسألة تكن مائة وثمانين ، وإن كانت متوافقة كست جندات وتسع بنات وخمسة عشر عمماً ضربت وفق عدد منها في جميع الآخر فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث ثم اضرب مامعك في أصل المسألة فما بلغ

أم لانها أم ولذلك تورث وابنها حي ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده

(فصل) ولا يزيد ميراثهن على السدس فرضاً وإن كثرن اجمع على هذا أهل العلم لما روينا من الخبر فإن عمر شرك بينهما وروي ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد باسناده عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان إلى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب فقال له عبد الرحمن بن سهل بن حارثة وكان شهد بداراً يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فجعل أبو بكر السدس بينهما ، ولأنهن ذوات عدد لا يشاركن ذكر فاستوى كثيرهن وواحدتهن كالزوجات وإنما يشتركن في السدس إذا تحاذين لتساوين في الدرجة

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في تورث جدتين أم الأم وأم الأب وكذلك أزعلتنا وكاتنا في القرب سواء كأم أم أم وأم أم أب وحكي عن داود أنه لا يورث أم أم الأب شيئاً لأنه لا يرثها فلا ترثه ولانها غير مذكورة في الخبر

ولنا ما روي سعيد عن ابن عينة عن منصور عن ابراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جداتنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وأخبره أبو عبيد والدارقطني ومن ضرورته أن تكون منهن أم أم الأب أو من هي أعلى منها ، وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ثم هو باطل بأم الأم فلها ترثه ولا يرثها وقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الأم . واختلفوا

فنه نصح ، وإن تماثل اثنان منها وباينهما الثالث أو واقفهما ضربت أحد المماثلين في جميع الثالث أو في وقفه وإن كان موافقا فما بلغ ضربته في المسئلة ، وإن تناسب اثنان وباينها الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وقفه إن كان موافقا ثم في المسئلة وإن توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث ، وإن تباين اثنان وواقفها الثالث كاربعة أعمام وست جدات وتسع بنات أجزاءك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسئلة ويسمى هذا الموقف المقيد لانك إذا أردت وقف أحدهما لم يقف إلا الستة ولو وقفت غيرها ، مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى الاثنين أدخل في الأربعة وأجزاءك ضرب الأربعة في التسعة ، ولو وقفت الأربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزاءك ضرب الأربعة في التسعة . فاما إن كانت الأعداد الثلاثة متوافقة فانه يسمى الموقف المطلق وفي عملها طريقان (أحدهما) ما ذكرناه من قبل وهو طريق الكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردهما إلى وقفهما ثم تنظر في الوقفين فإن كانا مماثلين ضربت أحدهما في الموقف ، وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما ، وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقف ، وإن كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقف فما بلغ ضربته في المسئلة ، ومثال ذلك عشر جدات واثنان عشرهما وخمس عشرة بنتا تقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف فترجع إلى ستة وتوافقها الخمس

في تورث ما زاد على الجدتين فذهب أبو عبدالله الى تورث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن روي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنه وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الاوزاعي واسحاق وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين وحكي أيضاً عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبيدالله ابن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم وحكي عن الزهري أنه قال لا نعلم ورث في الاسلام الا جدتين ، وحكي عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركة فعابه ابن مسعود فقال سعد أتعيني وانت تورث ثلاث جدات وروي عن ابن عباس انه ورث الجدات وإن كثرن إذا كن في درجة واحدة الا من أدلت بأب غير وارث كأن أمي الام قال ابن سراحة وبهذا قال عامة الصحابة الا شاذاً واليه ذهب الحسن وابن سيرين والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المنزني عن الشافعي وهو ظاهر كلام الحرقى فانه سمي ثلاث جدات متحاذيات ثم قال وإن كثرن فعلى ذلك ويحتمل قول الحرقى وإن كثرن لا يرث إلا ثلاث جدات وهن المتحاذيات المذكورات بعد كما روي عن أحمد رحمه الله . واحتجوا بأن الزائدة جدة أدلت بوارث فوجب أن ترث كاحدى الثلاث .

ولنا حديث سعيد الذي ذكرناه وروي سعيد أيضاً عن ابراهيم أنهم كانوا يورثون من الجدات

عشرة بالأخماس فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثلثمائة وستين وإن وقفت الاثنا عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمس عشرة إلى ثلثها خمسة وهما مائتان فتضرب خمسة في اثني عشر تكن ستين ، وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين والاثنا عشر إلى أربعة ، ودخل الاثنان في الأربعة فتضربها في الخمس عشرة تكن ستين ثم في المسئلة

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة : الطريق في ذلك أن تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فإن بقي به فالعددان متناسبان وإن لم يبق به ولكن بقيت منه بقية بقيتها من العدد الأقل فإن بقيت منه بقية بقيتها من البقية الأولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى يصل إلى عدد يقضي الملقى منه غير الواحد قاي بقية في بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء ، وذلك البقية إن كانت اثنين في الانصاف وإن كانت ثلاثة فبالا ثلاث فإن كانت أربعة فبالارباع فإن كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثا عشر فبجزء ذلك وإن بقي واحد فالعددان متباينان ، ومما بدلك على تناسب العددين أنك متى زدت على الأقل مثله أبدا سارى الأكثر متى قدمت الأكثر على الأقل انقسم قسمة صحيحة وحتى نسبت الأقل إلى الأكثر انقسمت باليه بجزء واحد ولا يكون ذلك إلا في النصف فما دونه (فصل) في مسائل المناسبات ومعناها أن يموت من ورثة الميت انسان قبل قسم تركه الأول

ثلاثة اثنين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لا يرث أكثر منهن (مسئلة) (فان كان بعض اقرب من بعض فالمرث لا قريه وعنه ان القربى من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الأم) اما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى فلا خلاف بين أهل العلم في ان الميراث القريب وتسقط البعدى بها ، وإن كانتا من جهتين والقريبى من جهة الأم فالمرث لها وتحجب البعدى في قول عامتهم إلا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك ان الميراث بينهما وعن ابن مسعود ان كانتا من جهتين فهما سواء وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقريبى يريد ان الجدتين إذا كانتا من جهة الاب احدهما أم الاب والأخرى أم الجد سقطت أم الجد بأم الاب وسائر أهل العلم على ان القريبى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الاب ، فاما القريبى من جهة الاب فهل تحجب البعدى من جهة الأم ؟ فيه روايتان (احداها) انها تحجبها ويكون الميراث للقريبى وهذا قول علي عايه السلام واحدى الروايتين عن زيد وبه قال ابو حنيفة واصحابه وهو قول أهل العراق وهو قول الشافعي (والرواية الثانية) هو بينها وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والاوزاعي وهو أحد قولي الشافعي لان الاب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم فاتى تدلي به اولى ان لا يحجبها وبهذا فارقها القريبى من قبل الأم فانها تدلي بالأم وهي تحجب جميع الجدات ولنا انها جدة قريبى فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ولان الجدات امهات يرثن ميراثاً واحداً

فاذا وجد ذلك نظرت فان كان ورثة الاول يرثون الثاني على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا عصبة لها جميعا وقد يتفق ذلك في أصحاب الفروض في مسائل يسيرة كرجل مات عن امرأة وثلاثة بنين وبنت ثم مات أحد البنين قبل قسمة التركة فان للمرأة من الاول سهمان مثل سهم البنت وكنصف سهم ابن وكذلك لها من الثانية فاذا كان كذلك فاقسم المسئلة على ورثة الثاني ولا تنظر الى الاول ، فلو خلف رجل خمسة بنين وخمس بنات فمات منهم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن ثم بنت قسمت الميراث على الابنين الباقيين والبنتين فذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر في بقية المسائل فان كان معهم من يرث من الاول دون ما بقي كما لو كان مع هؤلاء امرأة لليت ليست أما لهم فذلك تفرز لها الثمن وتقسم الباقي على ما ذكرنا وان كانت أما لهم الا أنها ماتت قبلهم أو بعد بعضهم ولم تخاف وارثا غيرهم قسمت الميراث كله على الباقيين فذكر مثل حظ الانثيين ولم ينظر في ميراثها لانه قد صار اليهم فان لم يكونوا كذلك فانك تقسم مسألة الاول ثم تنظر ما صار لليت الثاني فيها فان انقسم على مسئلته فقد صحت المسئلتان مما صحت منه الاول ومثال ذلك امرأة وبنت من غيرها وأخ ماتت البنت وخلفت زوجها وبنتا وعما فالمسئلة الاولى من ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة ويبقى الاخ ثلاثة ومسئلة الميت الثانية من أربعة لزوجها سهم ولا ينفذها مهرا ويبقى سهم الاخ الاول فصار له من المسئلتين

من جهة واحدة فاذا اجتمعن فالميراث لافرن كالأب والأبناء والأخوة وكل قيل اذا اجتمعوا فالميراث للأقرب وقولهم إن الأب لا يسقطها قلنا لانهم لا يرثون ميراثه وإنما يرثون ميراث الامهات لكونهن امهات ولذلك اسقطهن الام والله اعلم

(مسائل) (من ذلك أم أم وأم أم أب فالأول للأولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما أم أب وأم أم أم المال للأخري في إحدى الروايتين وهو قول الحنفى وفي الأخرى هو بينهما أم أب وأم أم وأم جد المال للأولين في قول الجميع إلا شريك ومن وافقه هو بينهما أم أب وأم أم وأم أم أبي أب هو للأولين في قول الجميع

(مسألة) (ولا يرث أكثر من ثلاث جدات أم الأم وأم الأب وأم الجد ومن كان من امهاتهن وان علت درجاتهن) فلهن السدس إذا تحاذين في الدرجة لما روي سعيد بإسناده عن إبراهيم أن النبي صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وقال إبراهيم كانوا يورثون ثلاث جدات وهذا يدل على أنه لا يرث أكثر من ثلاث وفي ذلك اختلاف ذكرناه فأما أم أبي الأم فلا ترث لأنها تدلي بغير وارث وكذلك كل جدة تدلي بغير وارث وهذا اجماع من أهل العلم إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا ترث وهو قول شاذ لأنهم اليوم به قائلا لأنها تدلي بغير وارث فلم ترث كالإحسان وأما أم أبي الجد ومن أدلت بأكثر من ثلاثة آباء وهؤلاء الجدات تختلف فيهن وقد ذكرنا ذلك

أربعة أسهم وصحت المستلтан من ثمانية وان لم تنقسم سهام الميت الثاني على مسئلته وانقت بين سهامه ومسلته فان اتفقا رددت مسئلته الى وقفها ثم ضربته في المسئلة الاولى فما بلغ فمنه تصح المستلتان ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في وفق المسئلة الثانية وكل من له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني مثال ذلك اذا خلفت البنت زوجا وابنتين فمسلتها من اثني عشر توافتها سهامها بالريم قترجع الى ثلاثة تضرب في ثمانية تكن أربعة وعشرين للمرأة سهم من الاولى في ثلاثة واللاخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة وله من الثانية سهم في سهم تكن عشرة وللزوج ثلاثة في سهم وللابنتين ثمانية وان لم يوافق سهامه مسئلته ضربت المسئلة الثانية في الاولى ثم كل من له شيء من المسئلة الاولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني فان مات ثالث عملت مسئلته ونظرت سهامه مما صحت منه المستلتان فان انقسم على مسئلته صحت مما صحت منه الاوليان وان لم تصح وافقت بين مسئلته وسهامه وضربت وفق سهام مسئلته ان وافقت أو جيعها ان لم توافق فيما صحت منه الاوليان وعملت على ما ذكرنا وكذلك تصنع في الرابع والخامس وما بعده

(فصل) وان أردت قسمة الميعة على قرابط الدينار فانها في عرف اهل بلدنا أربعة وعشرون قيراطا فان كانت السهام كثيرة فلك في قسمها طريقان (أحدهما) أن ينظر ما تركب منه العدد

(أمثلة ذلك) ذلك أم أم، وأم أب السدس بينهما اجماعاً أم أم أم، وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم السدس للثلاث الاول إلا عند مالك وموافقيه فانه للاولين، وعند داود هو للاولى وحدها ولا ترث الرابعة إلا في القول الشاذ عن ابن عباس وموافقيه، وأم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب، وأم أم أبي أم، وأم أبي أم أم، وأم أبي أبي أم، وأم أبي أم أبي السدس للاولى عند داود، وللأولين عند مالك وموافقيه، وللثلاث الاول عند احمد وموافقيه، وللأربع الاول عند أبي حنيفة وموافقيه وتسقط الأربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة، وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة، ولا من قبل الأب إلا اثنتان، وهما الاثنان جاء ذكرهما في الخبر إلا عند أبي حنيفة وموافقيه فانهما كلما علون درجة ازداد في عددهن من قبل الاب واحدة.

﴿مسئلة﴾ (والجدات المتحاذيات أم أم أم، وأم أم أب، وأم أبي أب، وان كثرن فعلى ذلك) يعني بالتحاذيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أنزل منها لان الجدات انما يرثن كاهن إذا كن في درجة واحدة وحتى كان بعضهم أقرب من بعض فالمراث لا قربهن، وفيه اختلاف ذكرناه فاذا قيل نزل جدتين وارنتين على أقرب المنازل فهما أم أم، وأم أب، وان قيل نزل ثلاثاً فهن أم أم أم، وأم أم أب، وأم أبي أب، واحدة من قبل الام واثنان من قبل الاب وفي درجتها أخرى من قبل الام غير وارثة وهي أم أبي أم ولا يرث أبداً من قبل الام إلا

فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب أحد العددين إلى أربعة وعشرين إن كان أقل منها وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو لكل قيراط ، وإن كان أكثر من أربعة وعشرين قسمه عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيبه ومثال ذلك ستائة أردت قسمتها فانك تعلم أنها متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين فانسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلاثها فخذ نصف الثلاثين وثلاثها خمسة وعشرون فهو سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم ورابع فاضربها تكن خمسة وعشرين كما قلنا

(واثاني) أن تنظر عدداً اذا ضربته في الاربعة والعشرين سارى المقسوم أو قاربه فاذا بقيت منه بقية ضربتها في عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه ثم تجمع العدد الذي ضربته اليه وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه فتضربها إلى العدد فيكون ذلك سهم القيراط مثله في مسئلتنا أن تضرب عشرين في أربعة وعشرين تكن أربع مائة وثمانين ثم تضرب خمسة في أربعة وعشرين تكن مائة وعشرين وتضم الحصة إلى العشرين فيكون ذلك سهم القيراط فاذا عرفت سهام القيراط فانظر كل من له أسهم فاعطه بكل سهم من سهم القيراط قيراطاً ، فإن بقي له من السهام مالا يبلغ قيراطاً فانسبه إلى سهام القيراط واعطه منه مثل تلك النسبة ، فإن كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له

واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لا أب فيهن فاحفظ ذلك فان قيل نزل أربعاً فمن أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وفي درجتين أربع غير وراثات ، وقد ذكرناهن فيما قبل إلا أن أحمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الأولى ، ومن قال بتوريث زيادة على الثلاث ورث في الدرجة الرابعة أربعاً ، وفي الخامسة خمساً ، وفي السادسة ستاً ، وهو قول أبي حنيفة وموافقه ، فاذا أردت تنزيل الجدات الوراثات وغيرهن فاعلم أن للبيت في الدرجة الأولى جدتين : أم أمه ، وأم أبيه ، وفي الثانية أربع لان لكل واحد من أبويه جدتين فها أربع بالنسبة اليه . وفي الثالثة ثمان لان لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه يكون لولدهما ثمان وعلى هذا كلما علون تضاعف عددهم . لا يرث منهم عند أحمد إلا ثلاث .

مثلة (وتورث الجدة وابنها حي وعنه لا ترث)

إن الجدة من قبل الأب إذا كان ابنها حياً وارثاً فان عمر وابن مسعود وأباموسى وعمران وأبا الطفيل رضي الله عنهم ورثوها مع أبيها ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن بري وإسحاق وابن المنذر ، وهو ظاهر مذهب أحمد وقال زيد بن ثابت لا ترث وروى أن علي رضي الله عنهما ، وبه قال مالك والثوري والأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي : وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عمّاً أو عم أب لانها لا تدلي به واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به ولا ترث معه كالجد مع الأب وأم الأم مع الأم

سهام بعدد مبالغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها، مثل ذلك زوج وأبوان وابنتان مائت الام وخلفت أما وزوجا وأختا من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالاولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق احدهما في الاخرى تكن مائة وخمسين وسهم القيراط ستة ورابع فابسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فلابت من الاولى أربعة في عشرة تكن أربعين فالها بخمسة وعشرين أربعة تبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين واقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها ستة وخمسان والاب من الاولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة قراريط وابسط السهم الباقي أرباعا تكن أربعة أخماس خمس وزوج الاولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين منها أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولأم الثانية سهران ابسطها أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس خمس قيراط وكذلك لكل أخت من أم وللأختين من الاب مثل ذلك وللأخت من الابوين ستة ابسطها أرباعا تكن أربعة أخماس قيراط وأربعة أخماس خمس

(فصل) في قسمة التركات ان أمكن أن تنسب سهام كل وارث من المسئلة ثم تعطيه من التركة مثل تلك النسبة فحسن ومثال ذلك زوج وأبوان وابنتان والتركة أربعون دينارا فالزوج ثلاثة وهي خمس المسئلة فله خمس التركة وهي ثمانية دنائير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسئلة فله ثلثا الثمانية ولكل واحد من البنين مثل ما للابوين كليهما وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس أم أب مع ابنتها وابنتها حي، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن لفظه أطعمت السدس أم أب مع ابنتها وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله صلى الله عليه وسلم السدس أم أب مع ابنتها ولان الجدات أمهات يرثن ميراث الام لا ميراث الاب فلا يحجبون به كأمهات الام

﴿ مسائل ﴾ (أم أب وأب السدس لها والباقي للاب وعلى القول الآخر السدس له دونها)

أم أم وأب السدس بينهما على القول الاول، وعلى الثاني السدس لأم الام والباقي للاب وقيل لام الام نصف السدس والباقي للاب لان الاب لو عدم لم يكن لام الام إلا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما يكون لها مع عدمه والاول أصح لان الاخوة مع الابوين يحجبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون ما حجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الاب كذا ههنا ثلاث جـدات متحاذيات وأب السدس بينهما على القول الاول ولأم الام على القول الثاني وعلى الثالث لام الام ثلث السدس والباقي للاب فان كان مع المتحاذيات جد لم يحجب إلا مع أب، وأم أب، وأم أم أم السدس لام الاب ومن حجب الجدة بابنتها أسقط أم الاب ثم اختلف القائلون بذلك فقليل السدس كله لام أم الام لان التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالعدمية وقيل بل لها نصف السدس على قول زيدلانه

وقسمت ذلك على المسئلة فما خرج فهو نصيبه ، وان شئت قسمت التركة على المسئلة ثم ضربت الخارج بالقسم في سهام كل وارث فما بلغ فهو له ، واذا كانت المسئلة عدداً أصماً عملت بأحدى هاتين الطريقتين وإن كان في السهام كسر بسطتها من جنسه على ما ذكرنا في القسم على قرابط الدينار ولك في قسم التركة في مسائل المناسخات أن تقسم التركة أو القرابط على المسئلة الأولى فما حصل للميت الثاني قسمته على مسئلته ثم تفعل بانثالث والرابع وما بعدها كذلك ، واذا كان بين المسئلة والتركة موافقة فخذ وقيمهما واعمل بهما ما ذكرنا

(فصل) وإذا كانت التركة سهاماً من عقار فاضرب أصل سهام العقار فيما صحت منه المسئلة فما بلغ فهو سهام العقار واضرب سهام كل وارث من أصل المسئلة في السهام الموروثة من العقار واضرب سهام الشركاء في أصل مسئلة الورثة ومثال ذلك زوج وأم وأخت والتركة ربع وسدس دار المسئلة من ثمانية وأصل سهام العقار اثنا عشر فاضربها في الثمانية تكن ستة وتسعين فلزوج ثلاثة من مسئلة مضروبة في السهام الموروثة وهي خمسة تكن خمسة عشر وللأخت كذلك فانسبها من الدار تكن ثمنها وربع ثمنها والام سهمان في خمسة تكن عشرة وهي نصف سدس الدار وثمن سدسها ، وإن شئت قلت هي نصف ثمنها وثالث ثمنها ، وإن شئت بسطت الربع والسدس من قرابط الدينار وهي عشرة وقسمتها على المسئلة فلام ربعها وهي قيراطان ونصف وللأخت ثلاثة أثمانها وهي ثلاثة قرابط وثلاثة أرباع قيراط وكذلك الزوج

يورث البعدي من جهة الام مع القربي من جهة الاب فكان لما نصف السدس وقيل لا شيء لما لانها انجبت بأب الاب ثم انجبت أم الاب بالاب فصار المال كله للاب .

(مسألة) (فان اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى فقياس قول احمد ان السدس بينهما اثلاثاً لذات القرابتين ثلثاً والآخرى ثلثه) كذلك قال ابو الحسن التميمي وابو عبد الله الوني ولعلمهما اخذاً ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم وهذا قول يحيى بن آدم والحسن بن صالح ومحمد ابن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك وقال الثوري والشافعي وابو يوسف السدس بينهما نصفين وهو قياس قول مالك لان القرابتين إذا كانا من جهة واحدة لم ترث بهما جميعاً كالأخ من الاب والام ولنا انها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة لا ترجح بهما على غيرها فوجب ان ترث بكل واحد منهما كابن العم اذا كان اخ لأم او زوجاً وفارق الاخ من الابوين فانه يرجح بقربانيته على الاخ من الاب ولا يجتمع بالترجيح بين القرابة الزائدة والتوريث بهما فاذا وجد احدهما اتقى الآخر ولا ينبغي ان يخل بهما جميعاً بل اذا اتقى احدهما وجسد الآخر وهما قد اتقى الترجيح فيثبت التوريث وصورة ذلك ان يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لها ولد فتكون المرأة أم أم امه وهي أم أبي أبيه وان يتزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أم امه او أم أم أبيه فان ادلت الجدة بثلاث

(مسئلة) قال (ويرد على كل أهل الفرائض على قدر ميراثهم الا الزوج والزوجة)

وجملة ذلك أن الميت إذا لم يخلف وارثا إلا ذوي فروض ولا يستوعب المال كالبنت والاختوات والجدات فإن الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم إلا الزوج والزوجة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشرح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سريانة وعليه العمل اليوم في الامصار إلا أنه يروي عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من ابوين ولا على جدة مع ذي سهم، وروي ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا على الجد مع ذي سهم والذي ذكره الحارثي أظهر في المذهب وأصح وهو قول عامة أهل الرد لانهم تساوا في السهام فيجب أن يتساوا فيما يتفرع عايبا ولأن الفريضة لو عالت لدخل النصف على الجميع بالرديني أن ينالهم أيضا فأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم إلا أنه روي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبة أو ذا رحم فأعطاه لذلك أو أعطاه من مال بيت المال لا على سبيل الميراث وسبب ذلك إن شاء الله أن أهل الرد كلهم من ذوي الارحام فيدخلون في عموم قول الله تعالى (وأول الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد

جيات توث بها لم يمكن أن يجمع معاجدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث.

(فصل) قال رحمه الله (ولابنت الواحدة النصف)

لا خلاف في ذلك بين علماء المسلمين لقول الله تعالى فإن كانت واحدة فلها النصف ولأن النبي ﷺ قضى في بنت وبنت ابن وأخت أن كانت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللمأخت وإن كانتا اثنتين فصاعدا فلهما الثلثان، أجمع أهل العلم على أن فرض البنتين الثلثان لا رواه أشد من ابن عباس أن فرضهما النصف لقول الله تعالى (فإن كن نسأ فوق اثنتين فلن ثلثا ما ترك) فذهبوا إلى ما دون الثلث ليس لهما الثلثان والصحيح قول الجماعة فإن النبي ﷺ قال لأخي سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وقال الله تعالى في الاخوات (فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان) مما ترك وهذا تنبيه على أن البنتين اثنتين لأنهما أقرب ولازكل من يرث منهن الواحدة النصف فلاثنتين منهما الثلثان كالأختين من الابوين أو من الاب وكل عدد يختلف فرض أحدهم وجماعتهم فلاثنتين منهن مثل فرض الجماعة كولد الأم فالثلث من البنات فما زاد فلا خلاف في أن فرضهن الثلثان وأنه ثابت بقول الله تعالى (فإن كن نسأ فوق اثنتين فلن ثلثا ما ترك) واختلفت فيه أثبت به فرض الاثنتين فقبل بهذه الآية والتقدير فإن كن اثنتين وفوق ضلة كقوله تعالى (فاضربوا فرق الاعناق) أي اضربوا الاعناق وقيل مضاه فإن كن نسأ اثنتين فما فوق وقد دل عليه قول النبي ﷺ حين نزات هذه الآية لأجل

ابن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم لأن الله تعالى قال في الاخت (فلها نصف مترك) ومن رد عليها جعل لها الكل ولا نها ذات فرض مسمى فلا يرد عليها كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأرلوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وهؤلاء من ذوي الارحام وقد ترجعوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لأنه لسائر المسلمين وذو الرحم أحق من الاجانب عملا بالنص ، وقد قال النبي ﷺ « من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالي » وفي لفظ « من ترك ديناً فالي ومن ترك مالا فلارث » . تنفق عليه وهذا عام في جميع المال ، وروي عن النبي ﷺ أنه قال « نحرز المرأة ثلاثة موارث لقبطها وعتيقها والولد الذي لا عنت عليه » أخرجه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المنفي بالاعان كاه خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولأنها من ورثة بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصبته فاما قوله تعالى (فلها نصف مترك) فلا ينفي ان يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولا يوبه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) لا ينفي ان يكون للاب السدس وما فضل عن البنت بحجة التمهيب وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف ان يكون للزوج ما فضل اذا كان ابن عم أمه ولي وكذلك الاخ من الام اذا كان ابن عم والبنت وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معنقة كذا همنا تستحق النصف بالفرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الارحام

سعد بن الربيع « أعط ابنتي سعد الثلثين » وهذا من النبي ﷺ تفسير الآية وبيان لمعناها واللفظ اذا فسر كان الحكم ثابتاً بالمفسر لا بالتفسير ويدل على ذلك أيضاً أن سبب نزول الآية قصة ابنتي سعد بن الربيع وسؤال أمهما عن شأنهما في ميراث أبيهما وقيل ثبت بهذه السنة الثابتة وقيل بل ثبت بالتنبيه الذي ذكرناه وقيل بل ثبت بالاجماع وقيل بالنسب وفي الجملة فهذا حكم قد أجمع عليه وتواترت عليه الأدلة التي ذكرناها فلا يضرنا أنها أثبتة

(مسألة) (وبنات الابن بمنزلة البنات اذا لم يكن بنات)

أجمع أهل العلم على أن بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن في أرضهن وحجبهن لمن يحجبهن البنات وفي جعل الاخوات معهن عصبات إلا ما روي عن ابن عباس أنه كان لا يورث الاخوات مع البنات وفي أنهن اذا استكملن الثلثين سقط من أسفل منهن من بنات ابن الابن وغير ذلك والاصل في ذلك قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فان كن نساء فوق اثنتين فلهن مثل ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف) وولد البنين أولاد لقوله تعالى (يا بني آدم) يخاطب بذلك أمة محمد ﷺ وقال (يا بني اسرائيل) يخاطب بذلك من في عصر النبي ﷺ منهم . وقال الشاعر :

بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنو من أبنا الرجال الاجانب

(مسئلة) قال (وإذا كانت أخت لاب وأم وأخت لاب وأخت لام فلاخت للاب والام النصف وللأخت للاب السدس وللأخت للام السدس وما بقي يرد عليهن على قدر سهامهن)

فصار المال بينهما على خمسة أسهم للأخت اللاب والام ثلاثة أخماس المال وللأخت اللاب الخمس وللأخت للام الخمس طريق العمل في الرد أن تأخذ سهام أهل الرد من أصل مسئلتهم وهي أبدأ تخرج من ستة إذ ليس في الفروض كلها مالا يؤخذ في الستة إلا الربع والثلث وليس لغير الزوجين وإيسا من أهل الرد ثم نجعل عدد سهامهم أصل مسئلتهم كما صارت السهام في المسئلة العائلة هي المسئلة التي تضرب فيها العدد الذي انكسرت عليه سهامه فكذا ههنا إذا انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لأن ذلك صار أصل مسئلتهم وينحصر في ذلك أربعة أصول أولها أصل اثنين كجدة وأخ من أم لكل واحد منهما السدس أصلها اثنان ثم تقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال فإن كان الجدات ثلاثا فإن سهم لا ينقسم عليهن اضرب مددهن في أصل المسئلة وهو اثنان تصير ستة للاخ من الام النصف ثلاثة ولكل واحد منهم سهم أصل ثلاثة أم وأخ من أم وأم وأخوان لام فإن كانوا ثلاثة ضربت عددهم في أصل مسئلتهم وهو ثلاثة صارت تسعة ومنها تصح ثلاثة جدات وأربعة أخوة من أم للاخوة

(مسئلة) (فإن كانت بنت وبنات ابن فلبنت النصف ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكمة الثلثين إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبن فيما بقي فذكر مثل حظ الانثيين) أما استحقاق البنت الواحدة النصف فلا خلاف فيه ، وقد ذكرناه فإن كان معها بنت ابن أو أكثر فلها النصف ولبنات الابن السدس تكمة الثلثين وهذا مجمع عليه أيضا ، وقد دل عليه قوله تعالى (فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف) ففرض لبنات كاهن الثلثين وبنات الصاب وبنات الابن كاهن نساء من الاولاد فكان لهن الثلثان بفرض الكتاب لا يزدن عليه واختمت بنت الصاب بالنصف لانه مفروض لها والاسم يتناولها حقيقة فبقي السدس لبنات الابن وهو تمام الثلثين ولهذا قال الفقهاء لهن السدس تكمة الثلثين

قد روى هزيل بن شرحبيل الاودي قال سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت فقال للابنة النصف وما بقي فلاخت فأثنى ابن مسعود فأخبره بقول أبي موسى فقال لقد ضللت إذا وما أنا من المهتدين ولكن أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ الابنة النصف والابنة الابن السدس تكمة الثلثين وما بقي فلاخت فأثينا أبا موسى فأخبرناه بقول ابن مسعود فقال لا نسألوني عن شيء مادام هذا الخبر فيكم متفق عليه بنحو هذا المعنى

(فصل) فإذا كان مع بنات الابن ذكر في درجتهن فإنه يعصبن فيما بقي فذكر مثل حظ الانثيين

سهمان يفواتهم بالنصف يرجع عددهم الى اثنين تضربهما في عدد الجدات ثم في أصل المسئلة صارت ثمانية عشر ومنها تصح، أصل اربعة اخت لابوين واخت لاب أو أم أو اخ لام أو جدة، بنت وأم أو جدة بنت وبنت ابن، فإن كان بنات الابن أربعا ضربتهن في أصل المسئلة وهي اربعة صارت ستة عشر ومنها تصح، أصل خمسة ثلاث أخوات مفترقات للاخت من الاب والام النصف وللأخت من الاب السدس وللأخت من الام السدس وهذه مسئلة الحرقى أم واخت لابوين أو لاب أم واخت لابوين واخت لاب أو لام ولا تزيد مسائل الرد ابدأ على هذا لأنها لو زادت سهمها لكل المال ولم يبق شيء منه يرد، ثلاث جدات وبنت واربع بنات ابن أصلها من خمسة وتصح من ستين ومتى كان الرد على حيز واحد فهو جميع المال بالفرض والرد كانه عصبة فان كان شخصاً واحداً فالل مال له، وان كان جماعة قسمته عليهم على عددهم كالبنين والاخت

(فصل) فان كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من أصل مسئلته وقسمت الباقي من مسئلته على فريضة اهل الرد فان اتقسم صحت المسئلان ولا يتفق هذا الا ان يكون للزوج امرأة لها الربع ومسئلة اهل الرد من ثلاثة كمرأة وام واخ لام او ام واخوين لام أو جدة واخوين لام فللمرأة الربع من اربعة يبقى ثلاثة على فريضة اهل الرد وهي ثلاثة فتصح عليها وبصح الجميع من اربعة فان انكسر على عدد منه ضربته في اربعة كل ربع زوجات وام واخ لام تصح من ستة عشر وان لم ينقسم

في قول جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم إلا ابن مسعود ومن تابعه فانه خالف الصحابة فيها وهذه المسئلة انفرد بها عن الصحابة فقال لبنات الابن الا ضربهن من المقاسمة أو السدس فان كان السدس أقل مما يحصل لمن بالمقاسمة فرضه لمن وأعطى الباقي للذكر، وإن كان الحاصل لمن بالمقاسمة أقل قدم بهن وبني ذلك على أصله في أن بنت الابن لا يعصبها غيرها اذا استكمل البنات الثلاثين الا أنه ناقص في المقاسمة اذا كانت أضربهن وكان ينبغي أن يعطين السدس على كل حال

ولنا قول الله تعالى (يؤتيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) ولانه يقاسمهما لو لم يكن غيرهما فتناسمهما مع بنت الصلب كما لو كانت المقاسمة أضربهن ولا يصح أصله الذي بني عليه كما قدمنا (مسئلة) (وإن استكمل البنات الثلاثين سقط بنات الابن إلا أن يكون معهن أو أنزل منهن ذكر فيعصبهن فيما بقي)

أجمع أهل العلم على ذلك لان الله تعالى لم يفرض الأولاد اذا كانوا نساء إلا الثلاثين قليلا كن أو كثيرات وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد دعب اثنتان لولد الصلب فلم يبق لمن شيء ولا يمكن أن يشاركن بنات الصلب لانهن دون درجتهم فان كان مع بنات الابن ابن في درجتهم كأخوين أو ابن عمهم أو أنزل منهن كبن أخوين أو ابن ابن عمهم أو ابن ابن عمهم عصبين في الباقي فجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا قول عامة العلماء يروى ذلك عن علي وزيد وعائشة

فاصل مثلة الزوج على فريضة اهل الرد لم يمكن ان يوافقها ايضا فاضرب فريضة الرد في فريضة الزوج فما بلغ فاليه تنتقل المسئلة فاذا أردت القسمة فلاحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من اهل الرد سهابه من مسئلته مضمومة في فاضل فريضة الزوج فما بلغ فهو له ان كان واحداً وان كانوا جماعة قسمته عليهم فان لم ينقسم ضربته او وثقه فيما انتقلت اليه المسئلة وتصح على ما مضى في باب التصحيح وهذا ينحصر في اصول خمسة [أحدها] زوج وجدة وأخ لام ، للزوج النصف وأصل مسألته من اثنين له سهم يبقى سهم على مسألة الرد وهي اثنان فتضرب اثنين في اثنين يكن أربعة ولا يقع الكسر في هذا الاصل إلا على فريق واحد وهو الجدات فاذا كان أكثر من جدة واحدة فاضرب عددهن في أربعة فما بلغ فنه تصح

(الاصل الثاني) زوجة وجدة وأخ لام مسألة الزوجة من أربعة ثم تنتقل الى ثمانية ولا يكون الكسر إلا على الجدات أيضا (الاصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن مسألة الزوج من أربعة ثم تنتقل الى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لابوين وأخت لاب وأخت لام أو جد أو جدة ومثلها زوجة وأخت لاب وأخت لام أو جدة

رضي الله عنهم ، وبه قال مالك والثوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن تبعه فانه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض هذه احداهن فجعل الباقي للذكر دون أخواته وهو قول أبي ثور لان النساء من الاولاد لا يرثن أكثر من اثنتين بدليل ما لو انفردن وتوريتهن ههنا يفتي إلى توريتهن أكثر من ذلك

ولنا قول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ بدليل تناوله لم لو لم يكن بنات وعدم البنات لا يوجب لم هذا الاسم ولان كل ذكر وأثنى يقتسمان المال اذا لم يكن معهم ذو فرض يجب أن يفتسما الفاضل عنه كاولاد الصلب والاخوة مع الاخوات وما ذكره فهو في الاستحقاق كفرض فأما في مسئلتنا فاعلموا يستحقون بالتعصيب فكان معتبرا بأولاد الصلب والاخوة والاخوات ثم يبطل ما ذكره بما اذا خلف ابنا وست بنات فانهم يأخذون ثلاثة أرباع المال ، وإن كن ثمانيا أخذن أربعة أخماسه وإن كن عشرة أخذت خمسة أسداسه وكلما زدن في العدد زاد استحقاقهن

(فصل) وحكم بنات ابن الابن مع بنات الابن حكم بنات الابن مع بنات الصلب في جميع ما ذكرنا في هاتين المسئلتين وفي أنه متى استكمل من فوق السفلي الاثنين سقطت اذا لم يكن لها من يعصيها سواء كل الثلثان لمن في درجة واحدة أو لعليا والتي تليها ، وكذلك كل من نزلت درجته مع من هو أعلى منه .

(فصل) وفروض الاخوات من الابوين كفرض البنات سواء إلا أنه لا يعصيهن إلا أخوهن

(الاصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن أو أم أو جدة مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى اثنين وثلاثين [الاصل الخامس] زوجة وبنتان وأم مسألة الزوجة من ثمانية ثم تنتقل الى أربعين وكذلك زوجة وبنت وبنت ابن وأم أو جدة ، أخت من أبوين وأخت أو أخوات من أب وأخت من أم أو أم أو جدة ، أختان من أبوين أو من أب وأم أو جدة وأخ من أم وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت اليه المسألة ومثال ذلك أربع زوجات وإحدى وعشرون بنتا وأربع عشرة جدة مسألة الزوجات من ثمانية فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين : للزوجات فريضة أهل الرد خمسة على أربعة لا تصح ولا توافق ويبقى خمسة وثلاثون للجندات خمسة سبعة على أربعة عشرة توافق بالاسباع فيرجعون إلى اثنين ويبقى لبنات ثمانية وعشرون توافق بالاسباع فيرجعون الى ثلاث والاثنان ثم تدخلان في عدد الزوجات فتضرب ثلاثا في أربع تكن اثني عشر ثم في أربعين تكن أربعين وأربعون ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الرد أخذ الفاضل كله كأنه عصبة ولا تنتقل المسألة وان كان معهم فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الأخوات قسمت الفاضل عليهم كأنهم عصبة فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسألة زوج

يعني أن الواحدة من الأخوات اللابيين النصف والاثنين فما زاد الثلاثان ، فان كانت الأخت لابوين وأخت أو أخوات لاب فلهن باقي الاثنين وذلك السدس تكملة الاثنين كبنات الابن مع البنات فيما ذكرناه ، وان لم يكن للبيت أخوات لابوين وكان له أخوات لاب فلهن حكمهن الواحدة النصف والاثنين فما زاد الاثنان وهذا الاختلاف فيه بين أهل العلم ، فان استكمل الأخوات اللابيين الثلثين سقط الأخوات اللاب الا ان يكون معهن أخوهن فيعصبن فيما بقي ، لذكر مثل حظ الانثيين وخالف ابن مسعود في ذلك ومن تبعه من سائر الصحابة والفقهاء ، فقال اذا استكمل الأخوات اللابيون الثلثين فالباقي لذكر من ولد الاب دون الاناث فان كانت أخت لابوين وأخوة وأخوات لاب جعل الاناث من ولد الاب الا ضربهن من المقاسمة أو السدس وجعل الباقي لذكر كما فعل في ولد الابن مع البنات وقد ذكرناه وأما فرض الثلثين الاختين فصاعدا والنصف الواحدة المفردة فنثبت بقول الله تعالى : يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة أن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك) والمراد بهذه الآية ولد الابوين وولد الاب بإجماع أهل العلم ، وعن جابر قال : قلت يا رسول الله كيف أصنع في مالي ولي أخوات ؟ قال فنزلت آية الميراث (يستفتونك قل الله يفتيكم) الآية رواه أبو داود وروى أن جابراً اشتكى وعنده سبع أخوات فقال النبي ﷺ : قد أنزل الله عز وجل في أخوانك فبين لهن الثلثين وما زاد على الاثنين في حكمهما ، لانه إذا كان للاختين الثلثان فالثلاث أختان فصاعدا وأما سقوط الأخوات من الاب باستكمال ولد الابوين الاثنين فلان الله تعالى إنما فرض للأخوات الثلثين فإذا أخذه ولد الابوين لم يبق مما فرضه

(باب الجدات)

(مسألة) قال أبو القاسم رحمه الله (وللجدة إذا لم تكن أم السدس)

قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم على أن لجدة السدس إذا لم يكن للبيت أم ، وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الأم لأنها تدلي بها فقات مقامها كالجد يقوم مقام الأب ولنا ما روى قبيصة بن ذئيب قال جاءت الجدة الى أبي بكر تطلب ميراثها فقال مالك في كتاب الله عز وجل شيء . وما أعلم لك في سنة رسول الله ﷺ شيئا ولكن ارجعي حتى أسأل الناس ، فقال المفيرة بن شعبة حضرت رسول الله ﷺ أعطاهما السدس ، فقال هل معك غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمة فأفضاهما أبو بكر ، فلما كان عمر جاءت الجدة الأخرى فقال مالك في كتاب الله شيء . فما كان القضاء الذي قضى به إلا في غيرك وما أنا بزائد في الفرائض شيئا ولكن هو ذاك السدس فإن اجتمعنا فهو لكما وأيكما خلت به فهو لها ، رواه مالك في موطنه وأبو داود والترمذي وقال : حديث حسن صحيح . وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه ، وأجمع أهل العلم على أن الأم تصحب الجدات من جميع الجهات

الله للاخوات شيء يستحقه ولد الأب فإن كانت واحدة من أبوين فلها النصف بنص الكتاب وما بقي من الثلثين المفروضة للاخوات سدس يكمل به الثلثان فيكون للاخوات الأب ولذلك قال الفقهاء لمن السدس تكملة الثلثين فإن كان ولد الأب ذكورا وإناثا فالباقي بينهم لقول الله تعالى (وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) ولا يفارق ولد الأب مع ولد الأبوين ولد الابن مع ولد الصلب إلا في أن بنت الابن يعصبها ابن أخيها وهو أنزل منها وابن عمها والاخت من الأب لا يعصبها إلا آخرها فلو استكمل الاخوات من الأبوين اثنتين وثم الاخوات لاب وابن أخ لمن لم يكن للاخوات الأب شيء . وكان الباقي لابن الأخ لأن ابن الابن وإن نزل ابن وابن الأخ ليس باخ (مسألة) (والاخت مع البنات عصبية يرثن ما فضل كالأخوة وليست لمن معهن فريضة مسماة) المراد بالاخوات ههنا الاخوات من الأبوين أو من الأب لأن ولد الأم يسقطن بالولد وولد الابن وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى وهذا قول عامة أهل العلم يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب عامة الفقهاء إلا ابن عباس ومن تابعه فاناروي عنه أنه لا يجعل الاخوات مع البنات عصبية وقال في بنت وأخت لبنت النصف ولا شيء . للاخت فقيل له إن عمر قضى بخلاف ذلك جعل للاخت النصف فقال ابن عباس أنتم أعلم أم الله ؟ يريد قوله سبحانه وتعالى (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك) فانما جعل لها الميراث بشرط عدم الولد والحق فيما ذهب اليه الجمهور فإن ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن وأخت لا قضين فيها بقضاء

وقد روى ابن بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ جعل الجدة السدس إذا لم يكن دونها أم ، رواه أبو داود ، وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئا ، ولأن الجدة تدلي بالأم فسقطت بها كسقوط الجد بالاب وابن الابن به ، فأما أم الأب فانها أيضا إنما ترث ميراث أم لانها أم ولذلك ترث وابنها حي ، ولو كان ميراثها من جهته ماورثت مع وجوده

(مسئلة) قال (وكذلك ان كثرن لم يزدن على السدس فرضا)

أجمع أهل العلم على أن ميراث الجدات السدس وان كثرن وذلك لما روينا من الخبر وان هر شرك بينهما وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر رضي الله عنه فروى سعيد ثنا سفيان وهشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال جاءت الجدتان الى أبي بكر رضي الله عنه فأعطى أم الام الميراث دون أم الاب فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة وكان شهد بدرا : يا خليفة رسول الله أعطيت التي ان ماتت لم يرثها ومنعت التي لو ماتت ورثها فحصل أبو بكر السدس بينهما ولانهن ذوات عدد لا يشركن ذكر فاستوى نسيهن وواحدتهن كالزوجات ، وقول الحرقي لم يزدن على السدس فرضا يريد به التحرز من زيادتهن بالرذ فانهم يأخذون في الرد زيادة على السدس على ما قد مضى ذكره

رسول الله صلى الله عليه وسلم لبنت النصف ولبنت الابن السدس وما بقي فللاخت رواه البخاري وغيره واحتجاج ابن عباس لا يدل على ما ذهب اليه بل يدل على ان الاخت لا يفرض لها النصف مع الولد ونحن نقول به فان ما يأخذه من البنت ليس بفرض وانما هو بالتعصيب كيراث الاخ وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الاخ مع الولد مع قوله تعالى (وهو يرثها ان لم يكن لها ولد) وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الاخ لاشتراطه في توريثه منها عدم الولد وهو خلاف الاجماع . ثم ان النبي ﷺ هو الميراث لكلام الله تعالى وقد جعل للاخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث ولو كان ابنتان وبنت ابن سقطت بنت الابن وكان للاخت الباقي وهو الثلث فان كان معهم أم فلها السدس ويبقى للاخت السدس فان كان بدل الام زوج فالمسئلة من اثني عشر للزوج الربع وللبنتين اثنتان وبقي للاخت نصف السدس فان كان معهم أم عانت الى ثلاثة عشر وسقطت الاخت

(فصل) ولو واحد من ولد الام السدس ذكر أو أنثى فان كانا اثنتين فصاعدا فلهم الثلث بينهم بالسوية أما استحقاق الواحد من ولد الام السدس فلا خلاف فيه ذكر أو أنثى لقول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) يعني ولد الام باجماع أهل العلم وفي قراءة سعد وعبد الله (وله أخ أو أخت من أم) وأما التسوية بين ولد الام فلا نعلم فيه خلافا الا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى لقول الله (فهم شركاء في الثلث) وقال في آية أخرى (وان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين) ولنا قول الله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) فسوى بين الذكر والأنثى

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين أم الام وأم الاب وكذلك ابن علنا وكاننا في القرب سوله كأم أم أم وأم أم أب الا ماحكي عن داود أنه لا يورث أم أم الاب شيئا لانه لا يرثها فلا يرثه ولأنها غير مذكورة في الخبر .

ولنا أن النبي ﷺ أعطى ثلاث جدات ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الاب أو من هي أعلى منها وما ذكره داود فهو قياس وهو لا يقول بالقياس ثم هو باطل بأم الام فانها يرثه ولا يرثها ، وقوله ليست مذكورة في الخبر قلنا وكذلك أم أم الام واختلفوا في توريث ما زاد عليهما فذهب أبو عبد الله الى توريث ثلاث جدات من غير زيادة عليهن وروى ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم . وروى نحوه عن مسروق والحسن وقتادة ، وبه قال الارزاعي واسحاق ، وروى عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين . وحكى ذلك عن أبي بكر ابن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وسليمان بن يسار وطلحة بن عبد الله بن عوف وربيعة وابن هرمز ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم ، وحكى عن الزهري أنه قال لا نعلم ورث في الاسلام إلا جدتين . وحكى عن سعد بن أبي وقاص أنه أوتر بركة فعاياه ابن مسعود فقال سعد أنصيني وأنت تورث ثلاث جدات؟

وروى عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن إذا كن في درجة واحدة الا من أدلت باب غير وارث كأم أب الام ، قال ابن سراقه وبهذا قال عامة الصحابة إلا شاذاً واليه ذهب الحسن وابن

وقوله (فهم شركاء في الثلث) من غير تفضيل يقضي التسوية بينهم كما لو وصى لهم بشي . أو اقر لهم به ، وأما الآية الاخرى فالمراد بها ولد الابن وولد الاب بدليل أنه جعل لأ واحدة النصف وللأثنين الثلثين وجعل الأخ يرث أخا ، الكل وهذا مجم عليه فلا عبرة بقول شاذ

(فصل) في المحجب قال رحمه الله (يسقط الجد بالاب وكل جد بمن هو أقرب منه)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أب الاب لا يحجبه عن الميراث غير الاب وكذلك كل جد يسقط بمن هو أقرب منه لانه يدلي به فهو كاسقاط الجد بالاب وتسقط الجدات بالام قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن لاجدة السدس إذا لم يكن لاميت أم ولاتهن أمهات فسقطن بالام كما يسقط الاب الجد ويسقط ولد الابن بالابن لانه إن كان أباه فهو يدلي به وإن كان عمه فهو أقرب منه فسقط به كما يسقط الجد بالاب وإن كان عمه فهو أقرب منه لقوله عليه الصلاة والسلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر » .

(مسئلة) (ويسقط ولد الابن بثلاثة بالابن وابنه والاب)

أجمع أهل العلم على ذلك بحمد الله ذكره ابن المنذر وغيره والاصل في هذا قوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف مترك وهو يرثها إن لم يكن

سبر بن واثوري وأبو حنيفة وأصحابه وهو رواية المزني عن الشافعي رضي الله عنه وهو ظاهر كلام الحنفي فإنه سمي ثلاث جدات متحاذيات ثم قال وإن كثرت فعلى ذلك واحتجوا بأن الزائدة جدة أدات بوارث فوجب أن ترث كاحد الثلاث

ولنا ما روى سعيد عن ابن عيينة عن منصور عن إبراهيم أن النبي ﷺ ورث ثلاث جدات ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم. وأخرجه أبو عبيد والدارقطني

وروى سعيد أيضاً عن إبراهيم أنه قال كانوا يرثون من الجدات ثلاثاً ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم وهذا يدل على التحديد بثلاث وأنه لا يرث أكثر منهن : وإذا ثبت هذا فإن الوارثات هي أم الأم وإن علت درجاتها وأم الأب وأمهاتها وإن علت درجاتهن وأم الجد وأمهاتها ولا ترث أم أب الجد ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء. وهؤلاء الجدات المختلف فيهن وأجمع أهل العلم على أن الجدة للجدية بأب غير وارث لا ترث وهي كل جدة أدلت بأب بين أمين كام أبي الأم إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا ترث وهو قول شاذ لا نعلم اليوم به قالوا وإس صحيح فإنها تدلي بغير وارث فلم ترث كالأجانب وأمثلة ذلك، أم أم وأم أب السدس بينهما إجماع، أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وأم أبي أم السدس للثلاث الأولى إلا عند مالك وموافقيه فإنه للأوليين وعند داود هو للأولى وحدها ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس

لها ولد (الآية والمراد بذلك الأخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب بغير خلاف بين أهل العلم وقد دل ذلك على قوله تعالى (وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وهذا حكم العصبية فاقضت الآية أنهم لا يرثون مع الولد والوالد لأن الكلالة من لا ولد له ولا والد خرج من ذلك البنات والأم لقيام الدليل على ميراثهم معهما بقرئتهما على ظاهره فيسقط ولد الابن ذكرهم وأنشأهم بثلاثة للذكورين وإن نزل ولد الابن وهم الأب لانهم يدلون به والابن لانهم يأخذون الفضل عن فرض البنات والابن لا يفضل عنه شيء ، وكذلك ابن الابن وإن نزل لانه ابن ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة وبالأخ من الابن لما روى علي رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل الوصية وأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني الفلات يرث الرجل أخاه لاييه وأمه دون أخيه لاييه. أخرجه الترمذي

(مسألة) (ويسقط ولد الأم بأربعة بالولد ذكر أو أنثى وولد الابن والأب والجد)

أجمع على هذا أهل العلم فلا نعلم أحداً خالف فيه إلا رواية واحدة شذت عن ابن عباس في أبوين وأخوين لام للأم الثلث وللأخوين الثلث وقيل عنه لما نثت الباقي وهذا بعيد جداً فإنه يسقط الأخيرة كلهم بالجد فكيف يرثهم مع الأب ؟ ولا خلاف بين سائر أهل العلم في أن ولد الأم يسقطون بالجد فكيف يرثون مع الأب ؟ والأصل في هذه الجملة قول الله تعالى (وإن كان رجل يورث كلالة وامرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث) والمراجعة هذه

الروایتين عن زيد وبه قال ابو حنیفة وأصحابه وأهل العراق وهو قول الشافعي ، والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والاوزاعي وهو القول الثاني لشافعي رضي الله عنه لان الاب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الام فاتي تدلي به أولى أن لا يحجبها وبهذا فارقتها القري من قبل الام فانها تدلي بالام وهي تحجب جميع الجدات

ولنا أنها جدة قري فتحجب البعدى كالتي من قبل الأم ولان الجدات أمهات يرثن ميراثا واحداً من جهة واحدة فاذا اجتمعن فاليراث لأقربهن كالأباء والابناء والاخوة والبنات وكل قبيل إذا اجتمعوا فاليراث لأقربهم ، وقولهم ان الاب لا يسقطها قلنا لانهم لا يرثن ميراثه انما يرثن ميراث الامهات لكونهن أمهات ولذلك أسقطنهن الام والله أعلم

(مسائل) من ذلك أم أم وأم أم أب المال للأولى إلا في قول ابن مسعود هو بينهما: أم أب وأم أم أم المال الأولى في قول الحنفي ، وفي الرواية الاخرى هو بينهما أم أب وأم أم وأم جد المال فلا يرثن في قول الجميع إلا في قول شريك وموافقيه هو بينهما: أم أب وأم أم وأم أم وأم أبي أب هو اللاديين في قول الجميع

(فصل) إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى فقياس قول أبي عبد الله أن السدس بينهما اثلاثا لذات القرابتين ثلثا والأخرى ثلثه كذلك قال ابو الحسن التميمي وأبو عبد الله العرني واهلها

والآيتان في سورة النساء المراد بالكلالة فيما أثبت ولا خلاف في أن اسم الكلالة يقع على الاخوة من الجهات كلها وقد دل على صحة ذلك قول جابر بإسناد الله كيف الميراث ؟ انما يرثنى كلالة فجعل الوارث هو الكلالة ولم يكن لجابر يؤخذ ولد ولا والد ، وعن ذهب الى انه يشترط في الكلالة عدم الولد والوالد زيد وابن عباس وجابر بن زيد والحسن وقتادة والنخعي واهل المدينة والبصرة والكلالة يزوي عن ابن عباس أنه قال الكلالة من لا ولده ، ويروي ذلك عن عمر والصحيح عنهما قول الجماعة

﴿ باب العصبات ﴾

العصبية الوارث بغير تقدير وإذا كان معه ذوفرض أخذ ما فضل عنه قل أو أكثر وإن انفرد أخذ المال كله وإن استغرقت الفروض المال سقط ، وم كل ذكر من الاقارب ليس بينه وبين الميت انثى وم عشرة : الابن وابنه والاب وأبوه والاخ وابنه إلا من الام ، والعم وابنه كذلك ومولى النعمة ومولاة النعمة ، وأحقهم بالميراث أقربهم ويسقط من بعده قول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض باهلها فما بقي فلاولى رجل ذكر » متفق عليه وأخرجه الترمذي . وفي رواية « ما بقى الفروض فلاولى رجل ذكر »

(الجزء السابع)

(٨)

(المفني والشرح الكبير)

أخذنا ذلك من قوله في توريث المحوس بجميع قراباتهم وهذا قول بجي بن آدم والحسن بن صالح ومحمد ابن الحسن والحسن بن زياد وزفر وشريك ، وقال الثوري والشافعي رضي الله عنه وأبو يوسف السدس بينهما نصفان وهو قياس قول مالك لان القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعا كالأخ من الاب والام

ولنا أنها شخص ذو قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة ولا يرجع بها على غيره فوجب أن يرث بكل واحدة منهما كابن العم إذا كان أخا أو زوجا ، وفارق الأخ من الابوين فإنه يرجع بقرابتيه على الأخ من الاب ولا يجمع بين الترجيع بالقرابة الزائدة والتوريث بها فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر وهما قد انتفى الترجيع فيثبت التوريث . وصورة ذلك أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها فيولد لهما ولد فتكون المرأة أم أمه وهي له أم أبي أبيه وان تزوج ابن بنتها بنت بنتها فهي أم أمه وأم أبيه وان أدلت الجدة بثلاث جهات ترث بهن لم يمكن أن يجتمع معها جهة أخرى وارثة عند من لا يرث أكثر من ثلاث

(مسئلة) قال (والجدة ترث وابنها حي)

وجملته ان الجدة من قبل الاب اذا كان ابنها حيا ورثا فان عمر وابن مود واباموسي وعمران

وأقربهم الابن ثم ابنه وان نزل لان الله سبحانه قال (يوصيكم الله في أولادكم) والعرب تبدأ بالأب ثم فالأم ، ثم الاب لان سائر العصبات يدلون به ، ثم الجد أبو الاب وإن عللانه أب مالم يكن أخوة لاب أو لابوين فان اجتمعوا فاهم فصل مفرد قد ذكرناه وذكرنا اختلاف أهل العلم في ذلك وفي كيفية توريثهم ، ثم بنو الاب وهم الاخوة ، ثم بنوهم وإن نزلوا ، ثم بنو الجد وهم الاعمام وإن نزلوا ثم أمهم الاب ثم أبناءهم ثم أمهم الجد ثم أبناءهم كذلك أبدأ لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب أقرب منهم وإن نزلت درجاتهم لما ذكرنا من الحديث ، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه فان استوا فأولاهم من كان لابوين لما ذكرنا من حديث علي رضي الله عنه وهذا كله مجمع عليه

(مسئلة) (فاذا انقرض العصبة من النسب ورث المولى المعتق ثم عصيانه الاقرب فالأقرب) لقوله عليه الصلاة والسلام «أما الولاء لمن أعتق» وسنذكره في باب إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعنهن الفرض ويقسمون ما ورثوا لذكر مثل حظ الانثيين وهم الابن وابنه والاخ من الابوين والاخ من الاب ومن عدام من العصبات) بنفرد الذكور بالميراث دون الاناث وهم بنو الاخوة والاعمام وبنوهم وذلك لقول الله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فهذه الآية تناولت الأولاد وأولاد الابن وقال تعالى (فان كانوا أخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) فتناولت ولد الابوين وولد الاب

ابن الحصين وابو الطائيل رضي الله عنهم ورثوها مع ابنها، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وجابر بن زيد والعمري واسحاق وابن المنذر وهو ظاهر مذهب احمد بن حنبل رضي الله عنه وقال زيد بن ثابت لا ترث وروي ذلك عن عثمان وعلي رضي الله عنهما وبه قال مالك والثوري والاوزاعي وسعيد بن عبد العزيز والشافعي وابن جابر وأبو ثور وأصحاب الرأي وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه ولا خلاف في تورثها مع ابنها إذا كان عم أم أب لانها لا تدلي به، واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به فلا ترث معه كالجد مع الاب وأم الام مع الام

ولنا ما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها وابنها حي، أخرجه الترمذي ورواه سعيد بن منصور إلا أن ألفظه أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها. وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس أم أب مع ابنها، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الام لاميراث الاب فلا يعجن به كأمهات الام (مسائل ذلك) أم أب وأب لها السدس والباقي له وعلى القول الآخر الكل له دونها. أم أم وأم أب وأب السدس بينهما على القول الاول، وعلى الثاني السدس لأم الام والباقي للاب وقيل لام الام نصف السدس والباقي للاب لان الاب لو عدم لم يكن لام الام الا نصف السدس فلا يكون لها مع وجوده إلا ما كان لها مع عدمه، والاول أصح لان الاخوة مع الابوين يحبون الام عن نصف ميراثها ولا يأخذون

وإنما ائتمروا بالان الرجال والنساء كلهم وارث فلو فرض للنساء فرض أفضى إلى تفضيل الاتي على الذكر أو مساواتها إياه أو إقصاءه بالكلية فكانت المقاسمة أولى وأعدل، وسائر العصبات ليس اخوانهم من أهل الميراث فإين لمن بذوات فرض ولا يرثن منفردات فلا يرثن مع اخوتهم شيئاً وهذا لاختلاف فيه بحمد الله ومنه

(مسئلة) (وابن ابن الابن يعصب من إزائه من أخواته وبنات عمه وبنات عم أبيه على كل حال إذا لم يكن لمن فرض ويسقط من هو أنزل منه كبناته وبنات أخيه وبنات ابن عمه وكما نزلت درجتنا زاد فبمن يعصبه قبيل آخر)

فلو خاف الميت خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لا ذكر معهن وعصبه كان للعليا النصف ولثانية السدس وسقط سائرهن والباقي للعصبه وإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها فالملك بينهما على ثلاثة وسقط سائرهن، وإن كان مع الثانية عصبه كان للعليا النصف والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة وإن كان مع الثالثة للعليا النصف ولثانية السدس والباقي بينه وبين الثالثة وإن كان مع الرابعة للعليا النصف ولثانية السدس والباقي بينه وبين الرابعة والرابعة على خمسة ونصف من ثلاثين، وإن كان أنزل من الخامسة والباقي بعد فرض الاولى والثانية بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة ونصف من ثلاثين، وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك قال شيخنا ولا أعلم في هذا خلافاً بين القائلين بتورث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلاثين

(١) وفي نسخة
جد لم يرثه إلا أمه

ما حجبوها عنه بل يتوفر ذلك على الأب كذا همنا : ثلاث جدات متعاضيات وأب السدس ينهن على القول الاول ولا م الام على القول الثاني وعلى الثالث لأن الام ثلث السدس والباقي للأب وان كان مع المتعاضيات جدات لم يحجب إلا أمه^(١) أب وأم أب وأم أم أم على قول الحرق السدس لام الأب ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الأب، ثم اختلف القائلون بذلك فقيل السدس كله لام أم الام لان التي تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها فصارت كالمدومة وقيل بل لها نصف السدس على قول زيد لانه يورث البمدى من جهة الام مع القربى من جهة الأب فكان لها نصف السدس وقيل لا شيء لها لانها انحجبت بأم الأب ثم انحجبت أم الأب بالأب فصار المال كله للأب

(مسئلة) قال (والجدات المتعاضيات أن تكون أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب وان كثرن فعلى ذلك)

يعني بالمتعاضيات المتساويات في الدرجة بحيث لا تكون واحدة أعلى من الاخرى، ولا أنزل منها لان الجدات انما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة ومتى كن بعضهن اقرب من بعض فال ميراث لاقربهن، فاذا قيل ترك جدتين وارثتين على اقرب المنازل فها أم أمه وأم أبيه وان قيل ترك ثلاثا فمن كمال الحرق أم أم أم وأم أم أب وأم أبي أب، واحدة من قبل الام واثنان من قبل الأب وهما أم أمه وأم أبيه كاجاء الحديث، وفي درجتهن أخرى من قبل الام غير وارثة وهي أم أبي الام ولا يرث

(مسئلة) (ومتى كان بعض بني الاعمام زوجا أو أخا لام أخذ فرضه وشارك الباقيين في تعصيبهم) وجملته ذلك أنه اذا كان ابنا عم أحدهما أخ لأم ففلاخ للام السدس والباقي بينهما نصفين هذا قول جمهور الفقهاء . يروى عن عمر رضي الله عنه ما يدل على ذلك ويروى ذلك عن علي وزيد وابن عباس وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ومن تبعهم ، وقال ابن مسعود المال للذي هو أخ من أم ، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين وعطاء والنخعي وابو ثور لانهما استويا في قرابة الأب وفضل هذا بأم فصارا كاخوين أو عمين أحدهما لابوين والآخر لأب ولان ابن العم لابوين بسقط ابن العم للأب كذلك هذا فاذا كان قربه بكونه من والد الجدة قدمه فكونه من والد الام أولى ولنا أن الاخوة من الام يفرض له بها اذا لم يرث بالتصيب وهو اذا كان معه أخ من أبوين أو من أب او عم وما يفرض له به لا يرجح به كمالو كان أحدهما زوجا، ويفارق الاخ من الابوين والعم وابن العم اذا كانا من أبوين فانه لا يفرض له بقرابة أمه شيء فرجح به ولا يجتمع في إحدى القرابتين ترجيح وفرض

(فصل) فان كان معهما أخ لأب ففلاخ من الام السدس والباقي للاخ من الأب وكذلك ان كان معهما أخ لابوين فان كان ابن عم لابوين وابن عم هو أخ لام فعلى قول الجمهور للاخ السدس والباقي للآخر وعلى قول ابن مسعود المال كله لابن العم الذي هو أخ لام

أبدأ من قبل الام الا واحدة وهي التي كل نسبها أمهات لأب فيهن فاحفظ ذلك، فان قيل ترك اربعاً
 فهن ام ام ام ام ام اب وأم ام اب وأم اب اب وفي درجتهم أربع غير وارثات، وقد ذكرناهن
 فيما تقدم الا أن مذهب احمد لا يورث أكثر من ثلاث جدات وهن الثلاث الاول . ويحتمل قول
 الحرقى توريثهن وان كثرن ، فعلى هذا القول كلما زاد درجة زادت حدة ويرث في الدرجة الخامسة
 خمس وفي السادسة ست وفي السابعة سبع وعلى هذا أبداً ، وقول الحرقى : وان كثرن فعلى ذلك ،
 يحتمل انه ذهب الى توريث الجدات على هذا الوجه وان كثرن . ويحتمل انه أراد وان كثرن فلا
 يرث إلا هؤلاء الثلاث ، فعلى هذا القول لا يرث أكثر من ثلاث: واحدة من قبل الام واثنين من
 قبل الاب وهما أم امه وأم ابيه وأمهاتهما ولا يرث بنده في نسبها اب بين امين ولا ثلاثة آباء ، وان
 أردت تنزيل الجدات الوارثات وغيرهن فاعلم ان للبيت في الدرجة الاولى جدتين ام امه وأم ابيه
 وفي الثانية أربع لان لكل واحد من أبويه جدتين فهما أرم بالنسبة اليه . وفي الثالثة ثمان لان لكل
 واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه فيكون لولد هاتان وعلى هذا كلما علون درجة تضاعف عددهن
 ولا يرث منهن إلا ثلاث والله أعلم

(فصل) فان كان ابنا عم احدهما اخ لأم وبنت اب وبنت اب وبنت الابن النصف والباقي
 بينهما نصفين وسقطت الاخوة من الام بالبنت ولو كان الذي ليس باخ ابن عم من ابوين أخذ الباقي
 كله لذلك وعلى قول ابن مسعود الباقي للاخ في المستثنين بدليل ان الاخ من الابوين يتقدم على
 الاخ من الاب بقرابة الام ، وإن كان في الفريضة بنت تحجب قرابة الام . وحكي عن سعيد بن جبير
 ان الباقي لابن العم الذي ليس باخ وان كان من اب لانه يرث بالفرايتين ميراثاً واحداً فاذا كان
 في الفريضة من يحجب احدهما سقط ميراثه كما لو استقرت الفروض المال سقط الاخ من الابوين ولم
 يرث بقرابة الام بدليل المسئلة المشتركة

ولنا على ابن مسعود ان الثالث يسقط الميراث بقرابة الام فيبقى التعصيب منفرداً فيرث به وفارق
 ولد الابوين فان قرابة لام ثم يرجع بها ولا يفرض لها فلا تؤثر فيها بحجبها وفي مسئلتنا يفرض له
 بها فاذا كان في الفريضة من يحجبها سقطت ولانه لو كان مع ابن العم الذي هو اخ اخ من اب وبنت
 لحجبت البنت قرابة الام ولم ترث بها شيئاً وكذا البنت النصف والباقي للاخ من الاب ولولا البنت لورث
 بكونه اخا من ام السدس واذا حجبت البنت مع الاخ من الاب وجب أن يحجبه في كل حال لان
 الحجب بها لا بالاخ من الاب وما ذكره سعيد بن جبير ينتقض بالاخ من الابوين مع البنت وبابن العم
 اذا كان زوجاً معه من يحجب بني العم ، ولا نعلم انه يرث ميراثاً واحداً بل يرث بقرابته ميراثين
 كشخصين فصار كابن العم الذي هو زوج، وفارق الاخ من الابوين فانه لا يرث الا ميراثاً واحداً فان
 قرابة الام لا يرث بها منفردة

﴿ باب من يرث من الرجال والنساء ﴾

(مسئلة) قل (ويرث من الرجال الابن ثم ابن الابن وان سفل والاب ثم الجد وان علا والاخ ثم ابن الاخ والعم ثم ابن العم والزوج ومولى النعمة . ومن النساء البنت وبنت الابن والام والجدة والاخت والزوجة ومولاة النعمة)

فهؤلاء مجموع على توريتهم وأكثرهم ثبت توريتهم بالسكتاب بالسنة فالابن ثبت ميراثه بقوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) وابن الابن والابوان ثبت ميراثهما بقوله تعالى (ولأبويه لكل واحد منهما السدس) والجد يحتل أن يتناوله قوله تعالى (ولأبويه) كما دخل ابن الابن في عموم أولادكم . والاخ والاخت من الام ثبت ميراثهما بقوله تعالى (وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) وولد الابوين والاب ثبت ارثه بقوله تعالى وهو يرثها إن لم يكن لها ولد) وأما ابن الاخ للابوين أو للاب والعم وابنه وعم الاب وابنه فثبت ميراثهم بقول النبي ﷺ « ما أبت الفروض فلاولى رجل ذكر » ولم يدخل فيهم ولد الام ولا العم الأم ولا ابنة ولا الخال ولا أبو الام لانهم ليسوا من العصبات وأما المولى المعتق والمولاة فثبت ارثهما بقوله عليه السلام « الولاء

(فصل) فحصل خلاف ابن مسعود في مسائل ست هذه الواحدة (والثانية) في بنات ربنا ابن وابن ابن الباقي عنده لابن الابن دون اخواته (الثالثة) في أخوات لابوين وأخ وأخوات لاب الباقي عنده للاخ دون اخواته (الرابعة) بنت وابن ابن وبنات ابن لبنات الابن الأضر بهن من السدس أو المقاسمة (الخامسة) اخت لابوين وأخ وأخوات لاب للاخوات عنده الأضر بهن من ذلك (السادسة) كان يحجب الزوجين والام بالكفار والعبيد والقاتلين ولا يورثهم

(فصل) ابن ابن عم هو أخ لام وابن ابن عم آخر الاخ السدس والباقي بينهما وعند ابن مسعود الكل للاخ وسقط الآخر فان كان أحدهما ابن أخ لام فلا شيء له بقرابة الاخوة لان ابن الاخ الام من ذوي الارحام ، وإن كان عمان أحدهما خال لام لم يرجع بخؤولته ، وقيل على قياس قول ابن مسعود وجهان (أحدهما) لا يرجع بها (والثاني) يرجع بها على العم الذي هو من أب فيأخذ المال لانه ابن الجد والجدة والآخ ابن الجد لا غير ، وإن كان العم الآخر من أبوين فالمال بينهما لان كل واحد منهما يدلي بجده وهما ابنا الجد وهكذا القول في ابني عم أحدهما خال أو ابني ابني عم أحدهما خال فأما على قول عامة الصحابة فلا أثر لهذا عندم

(فصل) ابنا عم أحدهما زوج للزوج النصف والباقي بينهما نصيبين عند الجميع فان كان الآخر أخا لام فلزوج النصف والاخ السدس والباقي بينهما أصلهما من ستة للزوج أربعة والاخ اثنان

لمن اعتق والجدة أطعمها النبي ﷺ السدس والزوج ثبت ارثه بقوله تعالى (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) والزوجة ثبت بقوله تعالى (ولهن الربع مما تركن)

(فصل) وجميعهم ضربان ذو فرض وعصبة فالذكر كلهم عصبات إلا الزوج والاخ من الام وإلا الاب والجد مع الابن . والاناث كلن إذا انفردن عن أخوتهن ذوات فرض إلا المولاة المعتقة ولا الأخوات مع البنات . وعدد العصبات الابن وابنه وان نزل والاب وأبوه وإن علا والاخ من الابوين والاخ من الاب وابناهما وان نزلا والعمان كذلك وابناهما وان نزلا وعما الاب وابناهما كذلك أبدأ ومولى النعمة . وعدد الاناث البنات وبنات الابن والام والجدة من الجهتين وان علت ، والأخوات من الجهات الثلاث والاخ من الام والزوج والزوجة . ومن لا يسقط بحال خنة : الزوجان والابوان وولد الصاب لأنهم يقرن بانفسهم من غير واسطة بينهم وبين الميت بمحبهم ، ومن سواهم من الوراثة إنما يمت بواسطة سواء فیسقط بمن هو أولى بالميت منه

باب ميراث الجد

روى ابو داود باسناده عن قتادة عن الحسن عن عمران بن الحصين أن رجلاً أتى النبي ﷺ فقال ان ابن ابني مات فإلي من ميراثه قال ذلك السدس ، فلما أدبر دعاه فقال إن لك سدساً آخر ، فلما

وترجم بالاختصار إلى ثلاثة وعند ابن مسعود الباقي للاخ فتكون من اثنين لكل واحد منهما سهم ثلاثة بني عم أحدهم زوج والاخر أخ لام للزوج النصف وللأخ السدس والباقي في بينهم على ثلاثة أصلها من ستة تضرب فيها الثلاثة تكن ثمانية عشر فالزوج تسعة والاخ ثلاثة يبقى ستة بينهم على ثلاثة فيحصل الزوج أحد عشر وهي النصف والتسع والاخ خمسة وهي السدس والتسع والثالث التسع سهران ، فان كان الزوج ابن عم من أبوين فالباقي له ، وإن كان هو والثالث من أبوين فالثالث الباقي بينهما ، ونصح من ستة الزوج الثلثان ولكل واحد من الآخرين سدس وعند ابن مسعود أن الباقي بعد فرض الزوج للذي هو أخ من أم

(فصل) أخوان من أم أحدهما ابن عم فالثالث بينهما والباقي لابن العم ونصح من ستة لابن العم خمسة وللآخر سهم ، ولا خلاف في هذه المسئلة فان كانوا ثلاثة إخوة أحدهم ابن عم فالثالث بينهم على ثلاثة والباقي لابن العم ، نصح من تسعة ، وإن كان اثنان منهم ابني عم فالباقي بعد الثلث بينهما ونصح من تسعة

(فصل) ثلاثة إخوة لأم أحدهم ان عم وثلاثة بني عم أحدهم أخ لام فاضم واحداً من كل عدد إلى العدد الآخر بهر معك أربعة بني عم وأربعة إخوة فهم ستة في العدد ، وفي الاحوال ثمانية ثم اجعل الثلث للأخوة على أربعة واثنين لبني العم على أربعة فنصح من اثني عشر لكل أخ مفرد

أدبر دعاء فقال «إن لك السدس الآخر طعمة» قال قتادة فلا ندرى أي شيء ورثه قال قتادة أقل شيء ورث الجد السدس، وروى عن الحسن أيضاً أن عمر رضي الله عنه قال: أيكم يعلم ما ورث رسول الله ﷺ الجد؟ فقال معقل بن يسار أنا، ورثه رسول الله ﷺ السدس قال مع من؟ قال لا أدري قال لا دريت قال فما يعني إذا؟ رواه سعيد في سننه قال أبو بكر بن المنذر أجمع أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ على أن الجد أباً الأب لا يحجب عن الميراث غير الأب وأنزلوا الجد في الحجب والميراث منزلة الأب في جميع المواضع إلا في ثلاثة أشياء (أحدها) زوج وأبوان (والثانية) زوجة وأبوان للام ثلث الباقي فيها مع الأب وثلث جميع المال لو كان مكان الأب جد (والثالثة) اختلغوا في الجد مع الاختوة والاختوات للابوين أو للابن ولا خلاف بينهم في إسقاطه بني الاختوة وولد الام ذكرهم وأنثاهم. وذهب الصديق رضي الله عنه إلى أن الجد يسقط جميع الاختوة والاختوات من جميع الجهات كما يسقطهم الأب وبذلك قال عبد الله بن عباس وعبد الله بن الزبير، وروى ذلك عن عثمان وعائشة وأبي بن كعب وأبي الدرداء ومعاذ بن جبل وأبي موسى وأبي هريرة رضي الله عنهم وروى أيضاً عن عمران بن الحصين وجابر بن عبد الله وأبي الطفيل وعبادة بن الصامت وعطاء وطلحة وجابر بن زيد وبه قال قتادة وإسحاق وأبو ثور ونعيم بن حماد وأبو حنيفة والمزني وابن شريح وابن القيان وداود وابن المنذر، وكان علي بن أبي طالب وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم يورثونهم معه ولا يحجبونهم به وبه قال مالك والاوزاعي

سهم ولكل ابن عم مفرد سهمان ولكل ابن عم هو أخ ثلاثة فيحصل لها النصف وللاربعة الباقي النصف، وعلى قول عبد الله للاختوة الثلث والباقي لأبني العم الذين هما أخوان (مسئلة) (وإذا اجتمع ذو فرض وعصبة يدي بذي الفرض فأخذ فرضه وما بقي للعصبة) لقول رسول الله ﷺ «ألقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلا ولي رجل ذكر» (مسئلة) (وإن استغرقت الفروض المال فلا شيء للعصبة)

كزوج وأم وإخوة لام وإخوة لأبوين أو لأب فالزوج النصف والام السدس والاختوة للام الثلث وسقط سائرهم وإلى هذا ذهب أحمد رحمه الله ناسقطة الاختوة من الابوين لأنهم عصبة، وقد تم المال بالفروض ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس وأبي موسى رضي الله عنهم، وبه قال الشعبي والعنبري وشريك وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم ونعيم بن حماد وأبو ثور وابن المنذر ويروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم أنهم شركوا بين ولد الابوين وولد الام في الثلث فقسموه بينهم بالسوية فذكر مثل حظ الاثنين وبه قال مالك والشافعي وإسحاق لأنهم ساووا ولد الام في القرابة التي يرثون بها فيجب أن يساووهم في الميراث فانهم جميعاً من ولد الام، وقرابتهم من جهة الأب أن لم تزدهم قرباً واستحقاقاً فلم تسقطهم، ولهذا قال بعض ولد الابوين أو بعض الصحابة لعمر وقد أحقطهم هب أن أبهم كان حماراً فما زادم ذلك إلا قرباً فشارك

والشافعي وأبو يوسف ومحمد لان الاخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن ولان ميراثهم ثبت بالكتاب فلا يحجبون الابنص أو اجماع أو قياس وما وجد شيء من ذلك فلا يحجبون ، ولانهم تساوا في سبب الاستحقاق فيساوون فيه فان الاخ والجد يدلان بالاب الجد أبوه والاخ ابنه وقرابة البنوة لاتنقص عن قرابة الابوة بل ربما كانت أقوى فان الابن يسقط تعصيب الاب ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة أنبتت غصنا فانفرك منه غصنان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه إلى أصل الشجرة . ومثله زيد بواد خرج منه نهر انفرك منه جدولان كل واحد منهما الى الآخر أقرب منه الى الوادي . واحتج من ذهب مذهب أبي بكر رضي الله عنه بقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها وما بقي فلاولى عصبه ذكر » والجد أرلى من الاخ بدليل المعنى والحكم أما المعنى فانه له قرابة ايلاد وبعضية كالأب وأما الحكم فان الفروض اذا ازدحت سقط الاخ دونه ولا يسقطه أحد الا الاب، والاخت والاختوات يستطون بثلاثة، ويجمع له بين الفرض والتعصيب كالأب وهم ينفردون بواحد منهما، ويسقط ولد الام، وولد الاب يستطون بهم بالاجماع إذا استغرقت الفروض المال وكانوا عصبه وكذلك ولد الابوين في المشتركة عند الاكثرين، ولانه لا يقتل بقتل ابن ابنه ولا يحد بقتله ولا يقطع بسرقة ماله ويجب عليه نفقته وينعم من دفع زكاته اليه كالأب سواء فدل ذلك على قوته، فان قيل فالحديث حجة في تقديم الاختوات لان فروضهن في كتاب الله فيجب أن تلحق بهن فروضهن

بينهم ، وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياسا فقال فريضة جمعت ولد الاب والام وولد الام وهم من أهل الميراث فاذا ورت ولد الام وجب أن يرث ولد الاب والام كما لو لم يكن فيها زوج ولنا قول الله تعالى ، وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث، ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الام على الخصوص فن شريك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس وهو مخالفة لظاهر القرآن ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الاخرى وهي قوله (فان كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين) يراد بهذه الآية سائر الاخت والاختوات وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم وقوله عليه الصلاة والسلام « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاولى عصبه ذكر » ومن شريك فلم يلحق الفرائض بأهلها، ومن جهة المعنى أن ولد الابوين عصبه لا فرض لهم وقد تم المال بالفروض فوجب أن يسقطوا كما لو كان مكان ولد الام ابنتان وقد انعقد الاجماع على أنه لو كان في هذه المسئلة واحد من ولد الام ومائة من ولد الابوين لاختص الواحد من ولد الام بالثلث والمائة السدس الباقي لكل واحد منهم عشر عشره فاذا جاز أن ينقص ولد ابوين عن ولد الام هذا النقص كله فلم لايجوز اسقاطهم بالانثيين ، وقولهم تساوا في قرابة الام قلنا فلم يساووهم في الميراث في هذه المسئلة وعلى انا نقول ان ساوهم في قرابة الأم فقد

وبكون لجد ما بقي، فالجواب ان هذا الخبر حجة في الذكور المنفردين وفي الذكور مع الاناث أو نقول هو حجة في الجيم ولا فرض لولد الاب مع الجد لانهم كلاله والكلالة أسم للوارث مع عدم الولد والوالد فلا يكون لهم معه إذا فرض. حجة أخرى قالوا الجد أب فيحجب ولد الاب كلاب الحقيقي ودليل كونه أبا قوله تعالى (ملة أيكم ابراهيم) وقول يوسف (واتبع ملة آبائي ابراهيم وإسحاق ويعقوب) وقوله (كأتمها على أبوبك من قبل ابراهيم وإسحاق) وقال النبي ﷺ «ارموا بني إسماعيل فان أباكم كذرهم» وقال «سام أبو العرب وحام أبو الحبش» وقال «نحن بني النضر بن كنانة لا نعنفوا أمنا ولا ننفي من أيما» وقال الشاعر

إنا بني نهمش لا ندي لاب عنه ولا هو بالابناء يشر بنا

فوجب أن يحجب الاخت كلاب الحقيقي، يمتنع هذا ان ابن الابن وإن سفل يقوم مقام أبيه في الحجب كذلك أبو الاب يقوم مقام ابنه ولذلك قال ابن عباس لا يمتنع الله زيد؟ يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أبا الاب أباً، ولأن بينهما إيلاداً وبعضية وجزئية وهو بساوي الاب في أكثر أحكامه فيساويه في هذا الحجب بحقه ان أبا الاب وان علا يسقط بني الاخت ولو كانت قرابة الجد والاخ واحدة لوجب أن يكون أبو الجد مساوياً لبني الاخ لتساوي درجة من أدلياه والله أعلم ولا تقرع على هذا القول لوضوحه

فارقوم بكونهم عصبية من غير ذوي الفروض وهذا الذي اقرقوا فيه هو المفتحي لتقديم ولد الام وتأخير ولد الابن فان الشرع ورد بتقديم ذي الفرض وتأخير العصبية ولذلك يقدم ولد الام على ولد الابن في المسئلة المذكورة وشبهها وهلا إذ تساوا في قرابة الام شاركوا الاخ من الام في سدسه فاقسموه بينهم ولأنه لو كانت قرابة الام مستقلة بالميراث مع قرابة الاب لوجب أن يجتمع لهم الفرض والتعصيب كقولنا في أخ من أم هو ابن عم ولوجب أن يشاركوا ولد الام في الثلث في كل موضع وينفردوا بالتعصيب فيما بقي، ولا خلاف في أنهم لا يشاركونهم في غير هذا الموضع، ويلزمهم أن يقولوا في زوج وأخت لابن وأخت لاب معها أخوها إنه يسقط الاخ وترث أخته السدس لأن قربتها مع وجوده كقربتها مع عدمه وهو لا يحجبها فهلا عدوه حماراً وورثوا أخته ما كانت ترث عند عدمه؟ وما ذكره من القياس طردي لا معني تحت، قال الصبري القياس ما قال علي والاستحسان ما قال عمر قال الخبري وهذه ساطعة مليحة وعبارة صحيحة وهو كما قال إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة فانه وضع للشرع بالرأي والتحكم من غير دليل ولا يبرز الحكم به مع عدم المعارض فكيف وهو في مسئلتنا يخالف ظاهر القرآن والسنة والقياس؟ قال شيخنا ومن العجب ذهب الشافعي اليه ههنا مع تحطية الداهيين اليه في غير هذا الموضع، وقوله من استحسنت فقد شرع ولا أظنه اعتمد في هذا إلا لموافقة زيد بن ثابت فانه اتبعه في جميع الفرائض وموافقة كتاب الله تعالى وسنة رسوله أولى

(فصل) اختلاف القائلون بتوريثهم معه في كيفية توريثهم فكان علي رضي الله عنه يفرض للاخوات فروضهن والباقي للجد إلا أن ينقصه ذلك من السدس فيفرضه له فان كانت أخت لأبوين وأخوة لأب فرض للاخت النصف وقاسم الجد الاخوة فيما بقي الا أن تنقصه المقاسمة من السدس فيفرضه له ، فان كان الاخوة كلهم عصبية قاسمهم الجد إلى السدس ، فان اجتمع ولد الاب وولد الابوين مع الجد سقط ولد الاب ولم يدخلوا في المقاسمة ولا يعتد بهم ، وان انفرد ولد الاب قاموا مقام ولد الابوين مع الجد ، وصنع ابن مسعود في الجد مع الاخوات كصنع علي عليه السلام وقاسم به الاخوة إلى الثلث فان كان معهم أصحاب فرائض أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم صنع صنيع زيد في إعطاء الجد الأخط من المقاسمة أو ثلث الباقي أو سدس جميع المال ، وعلي يقاسم به بعد أصحاب الفرائض إلا أن يكون أصحاب الفرائض بنتاً أو بنات فلا يزيد الجد على الثلث ولا يقاسم به ، وقال بقول علي الشعبي والنخعي والمغيرة بن النعمان وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ، وذهب إلى قول ابن مسعود مسروق وعائمة وشرح ، وأما مذهب زيد فهو الذي ذكره الحرقى وسنشرحه إن شاء الله ، وإليه ذهب أحمد وبه قال أهل المدينة وأهل الشام والثوري والاوزاعي والنخعي والحجاج بن أرطاة ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو عبيد وأكثر أهل العلم

(فصل) ولو كان مكان ولد الابوين في هذه المسئلة عصبية من ولد الاب سقطوا ولم يورثهم أحد من أهل العلم فيما علمنا لانهم لم يشاركوا ولد الام في قرابة الام

(فصل) وتسمى هذه المسئلة المشتركة والحارية إذا كان فيها إخوة لأبوين وكذلك كل مسئلة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة وابنان فصاعداً من ولد الام وعصبية من ولد الابوين وإنما سميت المشتركة لان بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الابوين وولد الام في فرض ولد الام فقسمه بينهم بالسوية وتسمى الحارية لانه يروى أن عمر رضي الله عنه أسقط ولد الابوين فقال بعضهم يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حاراً أليست أمنا واحدة ؟ فشرك بينهم وقيل قال ذلك بعض الصحابة فسميت الحارية لذلك والله أعلم

(فصل) إذا قيل امرأة خلفت اما و ابني عم أحدهما زوج الآخر أخ لأم وثلاثة إخوة مقترفين قيل هذه المشتركة : للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين من الأم الثلث وسقط الأخوان من الابوين أو الاب ، ومن شرك جعل للأخ من الابوين التسم والكل واحد من الآخرين للام تسعاً ومن مسائل ذلك زوج وأم واختان لأم وأخ لابوين تصح من ستة ومن شرك فهي من عمانية عشر : زوج وجدة وأخ وأخت لام وأخت لابوين كالتي قبلها ، ومن شرك فن اثني عشر زوج وأم وأخ وأختان لام وأخوان وثلاث أخوات لاب وأم ، من اثني عشر ومن شرك فن أربعة وخمسين

(مسألة) (ولو كان مكلتهم أخوات لابوين أو لأب عالت إلى عشرة وسميت ذات الفروع)

(مسئلة) قال ابو القاسم (ومذهب ابي عبد الله رحمه الله في الجدة قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واذا كان اخوة واخوات وجد قاسم الجدة بمنزلة اخ حتى يكون الثلث خيراً فاذا كان الثلث خيراً له اعطي ثلث جميع المال)

وجملة ذلك ان مذهب زيد في الجدة مع الاخوة والاخوات للابوين أو للاب انه يعطيه الا حظ من تبيين اما المقاسمة كأنه أخ واما ثلث جميع المال. فعلى هذا ان كان الاخوة اثنين أو أربع أخوات أو أخا وأختين فالثلث والمقاسمة سواء فاعطيه ما شئت منها وان تقصروا عن ذلك فالمقاسمة أحظ له فقام به لا غير وان زادوا فالثلث خير له فاعطيه إياه وسواء كانوا من أب أو من ابوين، وان اجتمع ولد الابوين وولد الاب فان ولد الابوين يعادون الجدة بولد الاب ويحتسبون بهم عليه ثم ما حصل لهم أخذه منهم ولد الابوين إلا أن يكون ولد الابوين أختاً واحدة فتأخذ منهم تمام نصف المال ثم ما فضل فهو لهم ولا يمكن أن يفضل عنهم أكثر من السدس لان أدنى ما لجدة الثلث وللأخت النصف والباقي بمدى هو السدس

يعني إذا كان مع الزوج والام والاخوة من الام أخوات أو أختين لابوين أو لأب عالت الى عشرة لان أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم وللأخوة للام الثلث سهمان وللأخوات الثلثان أربعة فتصير عشرة وسميت ذات الفروخ لانها عالت بثانيها وهي أكثر ما تعول اليه الفرائض شبهت الاربعه الزائدة بالفروخ والستة بالأم وتسمى التبرجحية لان رجلاً أتى شريفاً وهو قاض بالبصرة فقال له ما نصيب الزوج من زوجته؟ فقال النصف مع غير الولد والربع مع الولد فقال ان امرأتي ماتت وخلفتني وأما وأختها لأمها وأختها لأبيها وأما فقال لك اذا ثلاثة من عشرة فخرج الرجل من عنده وهو يقول لم أر كفاضكم قلت له ما نصيب الزوج؟ قال النصف أو الربع فلما شرحت له قضيتي لم يعطيني ذلك ولا هذا فكان شريح يقول إذا لقيه انك تراني حاكماً ظالماً وأراك قاسماً قاجراً لانك تكتم القصة وتشيع الفاحشة

(فصل) ومعني العول ازدحام الفرائض بحيث لا يتسم لها المال كذه المسئلة فيدخل النص عليهم كلهم ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم كما يقسم مال الفلاس بين غرمانه بالحصص لضيق ماله عن وقائهم ومال الميت بين أرباب الديون اذا لم يف بها والثلث بين أرباب الوصايا إذا عجز، وهذا قول عامة الصحابة ومن معهم من العلماء يروى ذلك عن عمر وعني والعباس وابن مسعود وزيد وبه قال مالك في أهل المدينة والثوري في أهل العراق والشافعي وأصحابه ونعيم بن حماد وأبو ثور وسائر أهل العلم الا أن ابن عباس وطائفة شذت يقل عددها فنقل ذلك عن محمد بن الحنفية ومحمد بن علي

(مسئلة) قال (فان كان مع الجد والاخت والاختات أصحاب فرائض اعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ، ثم ينظر فيما بقي فان كانت المقاسمة خيراً للجد من ثلث ما بقي ومن سدس جميع المال اعطي المقاسمة، وان كان ثلث ما بقي خيراً له من المقاسمة ومن سدس جميع المال اعطي ثلث ما بقي، فان كان سدس جميع المال أحظ له من المقاسمة ومن ثلث ما بقي أعطي سدس جميع المال

أما كونه لا ينقص عن سدس جميع المال فلا أنه لا ينقص عن ذلك مع الولد الذي هو أقوى فم غيرهم أولى، وأما إعطاؤه ثلث الباقي إذا كان أحظ له فلأنه الثالث مع عدم الفروض فما أخذ بالفرض فكانه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث جميع المال، وأما المقاسمة فهي له مع عدم الفروض فكذلك مع وجودها. فعلى هذا متى زاد الاخت عن اثنين أو من يعدلهم من الاناث فلا حظ له في المقاسمة ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ومتى زادت الفروض على النصف فلا حظ له في

ابن الحسين وعطاء وداود فانهم قالوا لا تعول المسائل فروي عن ابن عباس أنه قال في زوج وأخت وأم من شاء باهله أن المسائل لا تعول ان الذي أحصى رمل عالج عدداً أعدل من أن يحمل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً هذان نصفان ذهباً بالمال فابن موضع الثلث؟ فسميت هذه مسائل المباهلة لذلك وهي أول مسئلة عاتلة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فجمع الصحابة للشورى فيها فقال العباس رضي الله عنه أرى أن يقسم المال بينهم على قدر سهامهم فاخذ به عمر واتبه الناس على ذلك حتى خالهم ابن عباس فروى الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال لقيت زفر بن أوس البصري فقال رضي الله الى عبد الله بن عباس فتحدثت عنده فأبيناه فتحدثنا عنده فكان من حديثه ان قال سبحانه الذي أحصى رمل عالج عدداً ثم يحمل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً ذهباً نصفان بالمال فابن موضع الثلث وثم والله لو قدموا من قدمه الله وأخروا من أخره الله ما عالت فريضة أبداً، فقال زفر فمن الذي قدمه ومن الذي أخره الله؟ فقال الذي أهبطه من فرض الى فرض فذلك الذي قدمه والذي أهبطه من فرض الى ما بقي فذلك الذي أخره الله، فقال زفر فمن أول من أعال الفرائض؟ قال عمر بن الخطاب قتلت الا أشرت عليه فقال هبته وكان امرأ مهيباً. قوله من أهبطه الله من فريضة الى فريضة فذلك الذي قدمه الله يريد ان الزوجين والام لكل واحد منهم فرض ثم يحجب الى فرض آخر لا ينقص منه وأما من أهبطه من فرض الى ما بقي يريد البنات والاختات فانهن يفرض لهن فاذا كان معهن أخوتهن ورثوا بالتعصيب فكان لهم ما بقي قل أو كثر فكان مذهبه أن الفروض اذا ازدحمت رد النص على البنات والاختات

ولنا ان كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه فاذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر

ثلث ما بقي، وان قصصت عن النصف فلاحظ له في السدس وان كان الفرض النصف فحسب استوى السدس
وثلث الباقي وان كان الاخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة

﴿مسئلة﴾ قال (ولا ينقص الجدة أبداً من سدس جميع المال او تسميته اذا زادت السهام)
هذا قول عامة أهل العلم إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال ان ابن عباس كتب إلى علي في ستة أخوة
وجد فكتب اليه اجعل الجدة سابعهم وامح كتابي هذا، وروي عنه في سبعة أخوة وجد أن الجدة ثامنهم وحكي
عن عمران بن حصين والشعبي للمقاسمة إلى نصف سدس المال

ولنا أن الجدة لا ينقص عن السدس مع البنين وهم أقوى ميراثاً من الاخوة فاهم يسقطونهم
فلأن لا ينقص عنه مع الاخوة أولى، ولان النبي ﷺ أطعم الجدة السدس فلا ينبغي أن ينقص منه،
وأما قوله او تسميته إذا زادت السهام فانه يعني إذا عالت المسئلة فانه يسمى له السدس وهو ناص من
السدس. ألا ترى أنا قول في زوج وأم وابنتين وجد له السدس ونعطيهم سهمين من خمسة عشر سهماً
وهما ثلثا الخمس. ومتى أفضت المسئلة إلى العول سقطت الاخوة والاخوات إلا في الاكدرية ولا ينقص
الجدة عن السدس الكامل في مسئلة يرث فيها أحد من الاخوة والاخوات

﴿مسئلة﴾ قال (واذا كان اخ لاب وام وأخ لاب وجد قاسم الجدة الاخ لاب والام

الحقوق كاصحاب الديون والوصايا، ولان الله تعالى فرض للاخت النصف كما فرض للزوج النصف
وفرض للاختين الثلثين كما فرض للاختين الام الثلث فلا يجوز اسقاط فرض بعضهم مع نص الله تعالى
عليه بالرأي والتحكم، ولا يمكن الوفاء بها فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق كالوصايا والديون
ويلزم ابن عباس على قوله مسئلة فيها زوج وأم واخوان من أم فان حجب الام الى السدس خالف
مذهبه في حجب الام بأقل من ثلاثة من الاخوة. وان نقص الاخوين من الام رد النقص على من لم يهبطه
الله من فرض الى ما بقي وان أعال المسئلة رجع الى قول الجماعة وترك مذهبه ولا نعلم اليوم قاتلاً
بمذهب ابن عباس ولا نعلم خلافاً بين فقهاء العصر في القول بالعول بحمد الله ومنه

(فصل) حصل خلاف ابن عباس للصحابية في خمس مسائل اشتهر قوله فيها (إحداها) زوج وأبوان
(والثانية) امرأة وأبوان للام ثلث الباقي عندهم وجعل هو لها ثلث المال منها (الثالثة) لا يحجب الام
الا بثلاثة أخوة (الرابعة) لم يجعل الاخوات مع البنات عصبة (الخامسة) لم يعمل المسائل فهذه
الخمس صحت الرواية عنه فيها واشتهر القول عنه بها وشذبت عنه روايات سوى هذه ذكرنا
بعضها فيما مضى.

والاخ للاب على ثلاثة اسهم ، ثم رجع الاخ للاب والام على ما في يد أخيه لانيه فاخذه

قد ذكرنا أن الجد يقاسم الاخوة كأخ مالم تنفصه المقاسمة عن الثلث وأن ولد الابوين يعادون الجد بولد الاب ثم يأخذون ما حصل لهم وأنه متى كان اثنان من الاخوة وجد استوى الثلث والمقاسمة ففي هذه المسئلة قد استوى الثلث والمقاسمة ولذلك اقتسما على ثلاثة لكل واحد سهم ثم أخذ الاخ للابوين ما حصل لأخيه من أبيه ، وإن شئت فرضت للجد الثلث والباقي لولد الابوين وإن زاد عدد الاخوة على اثنين أو من بعدهما من الاخوات فافرض للجد الثلث والباقي لولد الابوين . هذا مذهب زيد وأما علي وابن مـهود فأنهما يقامان به ولد الابوين ويسقطان ولد الاب ولا يعتمدان به لانه محبوب بولد الابوين فلا يعتمد به كولد الام وقسما هذه المسئلة بين الجد والاخ من الابوين نصفين وأسقطا الاخ من الاب

ولنا أن الجد والد فإذا حجب أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم ولأن ولد الاب يحجبونه إذا انفردوا فيحببونه مع غيرهم كالأم، ويفارق ولد الام لأن الجد يحجبهم فلا ينبغي أن يحجبوه بخلاف ولد الاب فإن الجد لا يحجبهم فجاز أن يحجبوه إذا حجبهم غيره كما يحجبون

باب أصول المسائل

معنى أصول المسائل الخارج التي تخرج منها فروضها

(مسئلة) (الفروض ستة ذكرها الله تعالى في كتابه وهي نوعان النصف والرابع والثلث

والثلثان والثلث والسدس)

ومخارج هذه الفروض مفردة خمسة لأن الثلث واثنين يخرجها واحد وهي تخرج من سبعة أصول أربعة لا تعول وثلاثة تعول لأن كل مسئلة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجه وإن اجتمع معه فرض من نوعه فأصلها من مخرج أقلها لأن مخرج الكثير داخل في مخرج الصغير فالنصف وحده من اثنين والثلث وحده أو مع اثنين من ثلاثة والرابع وحده أو مع النصف من أربعة والثلث وحده أو مع النصف من ثمانية فهذه التي لا تعول لأن العول فرع ازدحام الفروض ولا يوجد ذلك هنا ، وأما التي تعول فهي التي يجتمع فيها فروض أو فرضان من نوعين فإذا اجتمع مع النصف السدس أو الثلث أو الثلثان فأصلها من ستة لأن مخرج النصف من اثنين ومخرج الثلث من ثلاثة إذا ضربت أحدهما في الآخر كانت ستة وذلك أصل المسئلة وهي مخرج السدس، ويدخل العول في هذا الأصل فتعول الى سبعة وإلى ثمانية وإلى تسعة وإلى عشرة وهما أكثرها عولا . والعول زيادة في السهام وتقصان في أنصباء الورثة .

الام وان كانوا محجوبين بالاب. وأما الاخ من الابوين فهو أقوى تعصياً من الاخ من الاب فلا يرث معه شيئاً كما لو انفردا عن الجد فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن حجبته وأخذ ميراثه، فان قيل: فالجد يحجب ولد الام ولا يأخذ ميراثه والاخرة يحجبون الام وان لم يأخذوا ميراثها. قلنا: الجد وولد الام يختلف سبب استحقاقهما للميراث وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب وههنا سبب استحقاق الاخوة للميراث والاخرة والعصوبة فأيهما قوي حجب الآخر وأخذ ميراثه، وقد منات هذه المسئلة بمثلة في الوصايا وهي إذا أوصى لرجل بثلاث ماله ولا آخر بمائة ولا آخر بتمام الثلث على المائة وكان ثلث المال مائتين فان الموصى له بالمائة يزاحم صاحب الثلث بصاحب التمام فيقاسمه الثلث نصفين ثم يختص صاحب المائة بها ولا يحصل لصاحب التمام شيء.

(فصل) أخ لابوين وأختان لاب وجد: لجد الثلث والباقي للاخ وفي قول علي وابن مسعود المال بينه وبين الجد نصفين. أخ وأخت من أبوين وأخت من أب وجد فلجد الثلث والباقي بين ولد الابوين على ثلاثة وتصح من تسعة، وفي قول علي وابن مسعود المال بين ولد الابوين والجد على خمسة: أخ لابوين وأخت لاب وجد المال بينهم على خمسة: لجد سهمان والباقي للاخ، وعندهما المال بينهما نصفين

(فصل) أخوان لابوين وأخت لاب وجد، لجد الثلث والباقي للآخرين لابوين عند الجميع،

وأشئلة ذلك زوج وام وأخت لأم أصلها من ستة ومنها تصح: زوج وأم وأخوان من أم: بنت وأم هم، ثلاث أخوات مفترقات وعصبة، أبوان رابنتان، العول زوج وأختان لابوين أولاب أو أحدهما من ابوين والاخرى من أب أو أم أو أخت من أب وأخت من أم، أصلها من ستة وتقول الى سبعة: زوج وأخت وجدة أو أخ لام: ست أخوات مفترقات وأم: عول ثمانية زوج وأخت وأم للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث تقول الى ثمانية وهي مسئلة المباهلة فان كان معهم أخت أخرى من أي جهة كانت أو اخ من أم فهي من ثمانية أيضاً، عول تسعة زوج وست أخوات مفترقات تقول الى تسعة وتسمى الغراء، وكذلك زوج وأم وثلاث أخوات مفترقات. عول عشرة زوج وام وست أخوات مفترقات للزوج النصف وللأم السدس وللأختين للام الثلث وللأختين للابوين الثلثان ومقطعات الاختان للاب ومتى عالت المسئلة الى تسعة أو عشرة لم يكن الميت الامراة لأنها لا بد فيها من زوج ولا يمكن أن تقول المسئلة الى أكثر من هذا، وطريق العمل في العول أن تأخذ الفروض من اصل المسئلة وتضم بعضها الى بعض فما بلغت السهام قاله تنتهي

(مسئلة) قال (وان اجتمع مع الربع أحد اثلاثة فهي من اثني عشر وتقول على الافراد الى سبعة عشر ولا تقول الى أكثر من ذلك)

إنما كان اصل هذه المسئلة من اثني عشر لان مخرج الربع اربعة ومخرج الثلث ثلاثة ولا مواقة

وإن كان ولد الابوين ثلاثة فللجد الثالث أيضاً عند زيد وعند علي وابن مسعود له الربع لأنهما يقامان به إلى السدس، أخ واخت من أبوين وأخ من أب أو أكثر من ذلك فللجد الثالث وعندهما للجد الحسان وللأخ للابوين الحسان وللأخت الخمس

(مسئلة) قال (وإذا كان أخ واخت لاب وأم أو لاب وجد كان للمال بين الجد والأخ والأخت على خمسة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان وللأخت سهم)

المقاسمة ههنا خير للجد من الثالث لأنه يحصل له بها خمسة المال وذلك خير له من الثالث وكذلك كلما نقص الأخوة عن اثنين أو من بعدهم من الإناث كالأخوات أو أختين أو أخ واحد أو أخت واحدة فليس فيها إلا المقاسمة به كأخ وهذا قول زيد وعلي وعبد الله إذا كانوا عصبة فأما إن كن أخوات من ذوات فأن علياً وابن مسعود يفرضان لمن فروضهم ثم يعطيان الجد ما بقي

(مسئلة) قال (وإذا كانت أخت لاب وأم واخت لاب وجد كانت الفريضة للجد والأختين على أربعة أسهم للجد سهمان والكل أخت سهم ثم رجعت الأخت للام والاب فأخذت مما في يد أختها لتستكمل النصف

بن المخرجين فإذا ضربت أحدهما في الآخر كان اثني عشر فإن كان مع الربع سدس فبين الستة والاربعة موافقة، وإذا ضربت وفق أحدهما في الآخر كان اثني عشر ولا بد في هذا الأصل من أحد الزوجين لأنه لا بد فيها من ربع ولا يكون فرضاً لغيرهما

وأمثلة ذلك زوج وابوان وخمس بنين، للزوج الربع ثلاثة وللأبوين السدسان أربعة يبقى خمسة لكل ابن سهم، زوج وابنتان وأخت أو عصبة امرأة وأختان لابوين أو لاب أو أختان لام وعصبة امرأة وأخوان لام وسبعة إخوة لاب العول زوج وابنتان وأم تعول إلى ثلاثة عشر امرأة وثلاث أخوات مفترقات، زوج وابنتان تعول إلى خمسة عشر، امرأة وأختان من أب وأختان من أم، امرأة وأم وأختان لابوين أو لاب وأختان لام تعول إلى سبعة عشر ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لام وبنتان لاب أو لابوين تعول إلى سبعة عشر ويحصل لكل واحدة منهن سهم وتسمى أم الأرامل ويعاينها فيقال سبعة عشر امرأة من جهات مختلفة أقتسمن مال ميت بالسوية لكل امرأة منهن سهم وهي هذه ولا يعول هذا الأصل إلى أكثر من هذه ولا يمكن أن يكمل هذا الأصل بفروض من غير عصبة ولا عول ولا يمكن أن تعول إلا على الأفراد لأن فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو

المقاسمة ههنا أحظ للجد وتعد الأخت للابوين على الجد باختها من أبيها فيصير له النصف ولها النصف بينهما على اثنين لكل واحدة سهم ثم تأخذ الأخت من الابوين ما بقي في يد أختها لتكمل تمام فرضها وهو جميع ما في يدها فلا يبقى لها شيء. ونصير كما لو كان معها بنت فأخذت البنت النصف وبقي النصف فإن الأخت من الابوين تأخذه جميعه فلا يبقى للأخت من الاب شيء.

(فصل) فإن كان مع الأخت من الابوين أختان من أب كان المال بينهن وبين الجد على خمسة أسهم، للجد اثنان ولهن ثلاثة ثم تأخذ الأخت من الابوين من أختها تمام النصف وهو سهم ونصف يبقى لهما نصف سهم بينهما لكل واحدة ربع سهم فتضرب مخرج الربع وهو أربعة في خمسة تكن عشرين للجد ثمانية وللأخت للابوين عشرة ولكل واحدة من أختها سهم فإن كان معها ثلاث أخوات أو أكثر من ذلك فليس للجد الا الثلث ولها النصف ويبقى السدس بين الاخوات من الاب وان كثرن، وان كان من ولد الابوين أختان أو أكثر فليس للأخوات من الاب شيء. وان كثرن لان فرض الأختين اثنتان والجد لا ينقص عن الثلث فلا يبقى من المال شيء. ولان الاخوات من الابوين يسقطن الاخوات من الاب باستكمال الثلثين ولو لم يكن معهن جد فمع الجد أولى وليس في هذه المسئلة اختلاف، فأما مسئلة الحرقى فإن عليا وعبد الله يفرضان للأخت من الابوين النصف وللأخت من الاب السدس والباقي للجد وكذلك ان كان معها أختان أو أخوات من أب

الربم فإنه ثلاثة وهو فرد وسائر فروضها ازواج فالنصف ستة ياتلث أربعة والثلثان ثمانية والسدس اثنان ومتى طالت إلى سبعة عشر لم يكن الميث فيها إلا رجلا

(مسئلة) (وان اجتمع مع الثمن سدس او ثلثان فأصلها من أربعة وعشرين وتعمل إلى سبعة وعشرين ولا تعمل إلى أكثر منها إنما كان اصحابها من أربعة وعشرين لانك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثنتين او في وفق مخرج السدس فتكون أربعة وعشرين ولم يذكر الثلث مع الثمن لانه لا يجتمع معه لان الثمن لا يكون إلا للزوجة مع الولد ولا يكون الثلث في مسئلة فيها ولد لانه لا يكون إلا لولد الام والولد يسقطهم او للام بشرط عدم الولد

(مسائل ذاك) (امراة وابوان وبنت او بنون وبنت امراة وابنتان وام وعصبة ثلاث نسوة واربع جدات وست عشرة بنتا واخت امراة وبنت وبنت ابن وجدة وعم العول امراة وابوان وابنتان تعمل إلى سبعة وعشرين وتسمى البخيلة لانها اقل الاصول عولا لم تعمل إلا بشئها وتسمى المنبرية لان عليا رضي الله عنه سئل عنها على المنبر فقال صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته يعني ان المرأة كانت لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين صار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهي التسع ولا يكون الميث في هذا الاصل إلا رجلا

(فصل) ولا يمكن ان يعمل هذا الاصل إلى أكثر من هذا الا على قول ابن مسعود فإنه يحجب

(مسئلة) قال (فان كان مع التي من قبل الاب اخوها كان المال بين الجد والاخ والاختين على ستة أسهم للجد سهمان وللأخ سهمان ولكل أخت سهم ثم رجعت الأخت من الاب والام على الاخ والأخت من الاب فأخذت مما في أيديهما لتستكمل النصف فتصح الفريضة من ثمانية عشر سهماً للجد ستة أسهم وللأخت من الاب والام تسعة أسهم وللأخ سهمان وللأخت سهم)

المقاسمة ههنا والثالث سواء فان قاسمت به كان المال بينهم على ستة أسهم يأخذ الجد سهمين ثم بكل الأخت تمام النصف مما في أيديهما ثلاثة أسهم يبقى لها سهم على ثلاثة لا يصح فنضرب ثلاثة في أصل المسئلة تكن ثمانية عشر كما قال الحرقى وان زاد ولد الاب على هذا لم يزدوا على السدس شيئاً لان الجد لا ينقص عن الثالث والأخت لا تنقص عن النصف فلا يبقى الا السدس

(مسئلة الاكدرية) قال (واذا كان زوج وام واخت وجد فللزوجة النصف وللأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس)

ثم يقسم سدس الجد ونصف الأخت بينهما على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم فتصح الفريضة من سبعة وعشرين سهماً للزوج تسعة أسهم وللأم ستة وللجد ثمانية وللأخت أربعة وتسمى هذه المسئلة الاكدرية ولا يفرض للجد مع الاخوات في غير هذه المسئلة

الزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه فعلى قوله اذا كانت امرأة وام وست اخوات مفترقات وولد كافر فللاخوات الثلث والثلاثان والام والمرأة السدس والنسب سبعة فتعول الى احد وثلاثين .

(والمسائل) (على ثلاثة اضرب عادلة وعائلة ورد، ذكرنا العادلة وهي التي يستوي مالها وفروضا والعائلة هي التي تزيد فروضا عن مالها والرد هي التي يفضل مالها عن فروضا ولا عصبه فيها وهي التي نذكرها في هذا الفصل .

(فصل في الرد) اذا لم تستوعب الفروض المال ولم يكن عصبه رد الفاضل على ذوي الفروض بقدر فروضهم الا الزوج والزوجة .

وجملة ذلك أن الميت اذا لم يخاف وارثاً الا ذوي فروض كالبنيات والاخوات والجدات فإن الفاضل عن ذوي الفروض يرد عليهم على قدر فروضهم الا الزوج والزوجة يروى ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود رضي الله عنهم وحكي ذلك عن الحسن وابن سيرين وشريح وعطاء ومجاهد والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قال ابن سراقه وعليه العمل اليوم في الامصار الا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين ولا على جدة مع ذي سهم وروى

قيل إنما سميت هذه المسئلة الاكدرية لتكديرها لاصول زيد في الجدد فانه أعالها ولا عول عنده في مسائل الجدد وفرض للاخت معه ولا يفرض للاخت مع جد وجمع سهامها وسهامها فقسما بينهما ولا نظير لذلك . وقيل سميت الاكدرية لان عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلا اسمه الاكار فأتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت اليه . واختلف أهل العلم فيها فذهب أبي بكر الصديق وموافقيه إسقاط الاخت ويجعل للام الثلث وما بقي للجدد

وقال مروان بن مسعود للزوج النصف وللأخت النصف وللأم السدس وللجد السدس وعالت الى ثمانية وجعلوا للام السدس كي لا يفضلوها على الجدد . وقال علي وزيد للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث وللجد السدس وعولاهما الى تسعة ولم يحجبا الأم عن الثلث لان الله تعالى إنما حجبها بالولد والاخوة وليس ههنا ولد ولا اخوة ثم ان عمر وعليا وابن مسعود أبقوا النصف للاخت والسدس للجد وأما زيد فانه ضم نصفها الى سدس الجدد فقسمة بينهما لأنها لا تستحق معه إلا بحكم المقاسمة ، وإنما جعل زيد على إعالة المسئلة ههنا لانه لو لم يفرض للاخت لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها ، وقد روي عن قبيصة بن ذؤيب انه قال ، ما قال ذلك زيد وإنما قال أصحابه على أصوله ولم يبين هو شيئا ، فان قيل فالأخت مع الجدد عصبية والعصبة تسقط باستكمال الفروض قلنا إنما يعصبها الجدد وليس بعصبة مع هؤلاء بل يفرض له ولو كان مكان الأخت أخ لسقط لانه عصبية في نفسه ولو

ابن منصور عن أحمد أنه كان لا يرد على ولد الأم مع الأم ولا على الجدة مع ذي سهم والقول الاول أظهر في المذهب وأصح وبه قال عامة أهل الرد لانهم تساوا في السهام فيجب أن يتساوا فيما يفرع عليها ولان الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد ينبغي أن ينالهم أيضاً وأما الزوجان فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم الا أنه روي عن عثمان رضي الله عنه أنه رد على زوج ولعله كان عصبية أو ذا رحم فأعطاه لذلك وأعطاه من بيت المال لا على سبيل الرد وسبب ذلك إن شاء الله تعالى أن أهل الرد كلهم من ذوي الارحام فيدخلون في قوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) في كتاب الله والزوجان خارجان من ذلك وذهب زيد بن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يرد على أحد فوق فرضه وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي لان الله تعالى قال في الأخت فاما نصف ما ترك ومن رد عليها جعل لها الكل ولانها ذات فرض مسمى فلا تزداد عليه كالزوج

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت فيكونون أولى من بيت المال لانه لسائر المسلمين وذوو الرحم أحق من الاجانب عملاً بالنص وقال النبي ﷺ «من ترك مالا فلورثته ومن ترك مالا فإلى - وفي لفظ - من ترك مالا فإلى ومن ترك مالا فإلى» متفق عليه وهذا عام في جميع المال وروى واثلة ابن الاسقع أن النبي ﷺ قال «تحوز المرأة ثلاث موارث لقطتها وعتيقها وولدها الذي لا عنت عليه رواه ابن ماجه فجعل لها ميراث ولدها المنني باللعان خرج من

كان مع الأخت أخرى أو أخ أو أكثر من ذلك لانحجبت الأم إلى السدس وبقي لهما السدس فأخذوه ولم نحل المسئلة وأصل المسئلة في الأكدية ستة وعالت إلى تسعة وسهام الأخت والجد أربعة بينهما على ثلاثة لانصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكن سبعة وعشرين ثم كل من له شيء في أصل المسئلة مضروب في الثلاثة التي ضربتها في المسئلة للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم اثنان في ثلاثة ستة ويبقى اثنا عشر بين الجد والأخت على ثلاثة له ثمانية ولها أربعة ويعاين بها فيقال أربعة ورثوا مال ميت فأخذ أحدهم ثلثه والثاني ثلث ما بقي والثالث ثلث ما بقي والرابع ما بقي ويقال امرأة جاءت قوما فقالت اني حامل فان ولدت ذكراً فلأشيء له وان ولدت أنثى فلها نسع المال وثلث نسعه وان ولدت ولدين فلها السدس ويقال أيضا ان ولدت ذكراً فلي ثلث المال وان ولدت أنثى فلي تسعه وان ولدت ولدين فلي سدسه

(فصل) زوجة وأم وأخت وجد : للزوجة الربع وللأم الثلث والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة أصلها من اثني عشر ونصف من ستة وثلاثين فان كان مكان الأخت أخ فالباقي بينهما نصفين ونصف من أربعة وعشرين وان كانتا أختين فاسمها وصحت من ثمانية وأربعين فان كان أخ وأخت أو ثلاث أخوات فحبوا الأم إلى السدس وقدموا الباقي بينهم على خمسة وصحت من ستين فان

ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالاجماع بقي الباقي على مقتضى العموم ولانها من ورثه بالرحم فكانت أحق بالمال من بيت المال كعصباته فاما قوله تعالى (فلها نصف ما ترك) فلا يعني أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر كقوله تعالى (ولا يورثه لذكر واحد منها السدس ان كان له ولد) لا يعني أن يكون للأنثى السدس وما فضل عن البنات بحجة التصيب وقوله (ولكم نصف ما ترك أزواجكم) لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم والبنات وغيرها من ذوي الفروض إذا كانت معتقة كذا هنا تستحق النصف بالقرض والباقي بالرد وأما الزوجان فليسا من ذوي الأرحام.

(مسئلة) (فان كان المردود عليه واحداً أخذ المال كله بالفرض والرد كما أم أو جدة أو بنت أو أخت وان كانوا جماعة من جنس واحد كنات أو أخوات أو جدات اقتسوه كالعصبة من البنين والأخوة وسائر العصبات فان انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الرد

(مسئلة) (وان اختلفت أجناسهم فخذ عدد سهامهم من أصل ستة فاجعله أصل مسلتهم، إنما كان كذلك لان الفروض كلها تخرج من أصل الستة إلا الربع والثلث وليس لغير الزوجين وليس من أهل الرد وينحصر ذلك في أربعة أصول (أحدها) أصل اثنين كجدة وأخ من أم للجدة السدس وللأخ السدس أصلها اثنان ثم يقسم المال عليهما فيصير لكل واحد منهما نصف المال أصل ثلاثة أم وأخ من أم، أم وأخوان لام للام السدس وللأخوين الثلث بينهما

زادوا على ذلك استوى ثالث الباقي والمقاسمة فافرض له ثالث الباقي واضرب المسألة في ثلاثة تصير ستة وثلاثين ويبقى له ولهم أحد وعشرون يأخذونها سبعة والباقي لهم فان لم تصح عليهم ضربتهم أو وقعهم في ستة وثلاثين فما بلغ منه تصح فان كانوا من الجهتين لم يبق لولد الاب شي . واسة ثرية ولد لابوين دونهم (فصل) زوجة وأخت وجد وجددة فهي كائني قبلها في فروعها الا في أن للجددة السدس مع الاخت الواحدة والاخ الواحد . ونحو كانوا أكثر من واحد كان حكم الجددة والام واحداً ، وان لم يكن معهم جددة فهي من أربعة للزوجة الربع ويبقى ثلاثة للجد سهران وللأخت سهم فان كان معها أخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وتصح من ستة عشر ، وان كان مكلنهما أخ صححت من ثمانية فان كان أخ وأخت وثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة وتصح من عشرين ، وإن زادوا على هذا فاعطه ثلث الباقي بينهما واقسم الباقي على الباتين فان كانوا من الجهتين فلا شيء لولد الاب لان الباقي بعد نصيب الجد لا يزيد على النصف وهو أقل فرض لولد الابوين

(مسئله) قل (واذا كانت ام وأخت وجد فلام الثالث وما بقي فبين الجد و الاخت

على ثلاثة أسهم للجد سهران وللأخت سهم

وهذه المسئلة تسمى الحرقاء اذ اسميت خرقاء . لكثرة اختلاف الصحابة فيها فكانت الاقوال خرقاء

(أصل) أربعة أخت لابوين وأخت لاب أو لام واخ ، لام او جددة بنت وأم او جددة بنت وبنت ابن (اصل) خمسة ثلاث اخوات مفترقات للأخت لابوين النصف ولكل واحدة من الآخريتين السدس ، أم وأخت لابوين أو لاب ، أم ، أخت لابوين وأخت لاب او لام بنتان وجددة لا تزيد على هذا أبداً لأنها لو زادت سدساً آخر لكل المال ولم يبق منه شيء يرد

(مسئله) (فان انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم لانه اصل مسئلتهم وأما كان عدد سهامهم اصل مسئلتهم كما صارت السهام في العول هي المسئلة التي يضرب فيها العدد بيان ذلك في اصل اثنين اربع جدات واخ من ام للجدات سهم لا ينقسم عليهن فتضرب عددهن في اصل المسئلة تكن ثمانية للاخ من الام أربعة ولكل واحدة من الجدات سهم

(اصل) ثلاثة ام وثلاثة اخوة من ام للاخوة سهران لا تصح عليها اضرب عددهم في اصل

المسئلة تصير تسعة ومنها تصح

(اصل) أربعة أخت لابوين وأربع اخوات لاب تضرب عددهن في اصل المسئلة وهو أربعة

تكن ستة عشر ومنها تصح .

(اصل) خمسة ام وأخت لابوين وأربع اخوات لاب لمن سهم لا يصح عليهن تضرب عددهن

في خمسة تكن عشرين ومنها تصح وسنذكره في باب تصحيح المسائل مفصلاً

قيل فيها سبعة أقوال قول الصديق وموافقيه ، الام ثلث والباقي الجدة ، وقول زيد وموافقيه للام الثالث أصلها من ثلاثة ويبقى مهمان بن الاخت والجدة على ثلاثة وتصح من تسعة ، وقول علي للاخت النصف وللأم الثلث والجدة السدس : وعن عمر وعبد الله للاخت النصف والام ثلث ما بقي وما بقي فلأجد ، وعن ابن مسعود للام السدس والباقي الجدة وهي مثل القول الاول في المعنى ، وعن ابن مسعود أيضاً للاخت النصف والباقي بين الجدة والام نصفين فتكون من أربعة وهي أحدي مبريات ابن مسعود وقال عثمان المال بينهم أثلاث لكل واحد منهم ثلث وهي مثثة عثمان وتسمى المسبعة لان فيها سبعة أقوال والمسبعة لان معنى الاقوال يرجع الى ستة . وسأل الحجاج عنها الشعبي فقال اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ وذكر له عثمان وعلياً وابن مسعود وزيدا وابن عباس

(فصل) أم أو جدة وأختان وجد المقاسمة خير للجدة ويبقى خمسة على أربعة فتصح من أربعة وعشرين ، أم وأخ وأخت أو ثلاث أخوات وجد تصح من ستة ، أم وأخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات وجد ثلث الباقي والمقاسمة سواء . فان زادوا على ذلك فرض للجدة ثلث الباقي ، وانتقلت للمسئلة إلى مائة عشر الام ثلاثة وللجدة خمسة يبقى عشرة للاخوة والاخوات فتصح للمسئلة عليهم فان كان الاخرة والاخوات من الجهتين فالباقي كله لولد الابوين إلا أن يكون ولد الابوين أختاً واحدة فلها قدر فرضها والباقي لهم ، أم وأخت لابوين وأخ وأخت لاب وجد الام السدس وللجدة ثلث الباقي ينتقل

(مسئلة) (فان كان معهم احد الزوجين اعطيته فرضه من اصل مسئلته وقسمت الباقي على مسئلة الرد وهي فريضة اهل الرد وهو ينقسم اذا كانت زوجة ومسئلة الرد من ثلاثة كامرأة وام وأخ لام أو أم وأخوين لأم فللمرأة الربع سهم من أربعة يبقى ثلاثة على فريضة اهل الرد وهي ثلاثة وتصح المسئلان من أربعة ، فان انكسر على عدد منهم كاربعة زوجات وأم وأخ لام ، ضربت أربعة في مسئلة الزوجة تكن ستة عشر ومنها تصح فان لم تقسم فاصل مسئلة الزوج على مسئلة الرد لم يمكن أن يوافقها لانه إن كانت مسئلة الزوج من اثنين فالباقي بعد نصيبه سهم لا يوافق شيئاً وإن كانت من أربعة فالباقي بعد ميراثه ثلاثة ومن ضرورة كون للزوج الربع أن يكون الميتة ولده ولا يمكن أن تكون مسئلة الرد مع الولد من ثلاثة وإن كان الزوج امرأة فالباقي بعد الثمن سبعة ولا توافق السبعة عدداً أقل منها ولا يمكن أن تكون مسئلة الرد سبعة أبداً لان مسئلة الرد لا تزيد على خمسة أبداً ، إذا ثبت هذا فاضرب فريضة اهل الرد في فريضة أحد الزوجين فما بلغ قاله تنتقل المسئلة فإذا أردت القسمة فلا أحد الزوجين فريضة الرد ولكل واحد من اهل الرد سهامه من مسئلته مضروب في القاضل عن فريضة الزوج فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم فان لم ينقسم ضربته أو وافته فيها انتقلت اليه المسئلة وتصح على ما نذكره في باب التصحيح وينحصر ذلك في خمسة أصول .

(أحدها) : زوج وجدة وأخ لام للزوج النصف أصلها من اثنين له سهم يبقى سهم على مسئلة

إلى ثمانية عشر فللام ثلاثة وللجد خمسة وللأخت للابوين النصف تسعة يبقى سهم على ثلاثة فتصح من أربعة وخمسين وتسمى مختصرة زيد لأنه لو قسم بالجد لا تنقل إلى ستة وثلاثين ثم يبقى سهمان على ثلاثة فتصح من مائة وثمانية ثم ترجع بالاختصار إلى أربعة وخمسين فلذلك سميت المختصرة، أم وأخت لابوين وأخوان وأخت لاب وجد أصلها من ستة ثم تنقل إلى ثمانية عشر ويفضل لولد الأب سهم على خمسة نضربها في ثمانية عشر تكن تسعين وتسمى تسعينية زيد، وفي هذا الفصل كله الجدة كلام لأن لكل واحدة منها السدس

«مسئلة» قال (وإذا كانت بنت وأخت وجد فللبنت النصف وما بقي فبين الجد والأخت على ثلاثة أسهم للجد سهمان وللأخت سهم)

إنما كان كذلك لأن المقاسمة هنا أحظ للجد ، وقال علي رضي الله عنه للبنت النصف وللجد السدس والباقي للأخت ، وعند ابن مسعود الباقي بعد فرض البنت بين الجد والأخت نصفين لأن كل واحد منهما لو انفرد أخذ المال بالتعصيب فإذا اجتمعا اقتسما كما لو كان مكاتها أخ ، فأما علي فبنى على أصله في أن الأخوات لا يقاسمن الجد وإنما يفرض لمن فلم يفرض لها ههنا لأن الأخت مع البنت عصبة وأعطى الجد السدس كما لو انفرد معها وجعل لها الباقي

الرد وهي اثنان أيضاً فاضرب اثنين في اثنين تكن أربعة ولا يقع السكر في هذا الأصل إلا على حين واحد وهو الجدات
(الأصل الثاني) : زوجة وجدة وأخ لام مسئلة الزوجة من أربعة ثم تنقل إلى ثمانية ولا يكون السكر إلا على الجدات أيضاً .

(الأصل الثالث) زوج وبنت وبنت ابن ، مسئلة الزوج من أربعة ثم تنقل إلى ستة عشر وكذلك زوجة وأخت لابوين وأخت لأب ، أو أخت لأم ، أو جدة ، أو جدات ، ومثلها زوجة وأخت لأب وأخت لأم أو جدة
(الأصل الرابع) زوجة وبنت وبنت ابن أو أم أو جدة ، مسئلة الزوجة من ثمانية ثم تنقل إلى اثنين وثلاثين .

(الأصل الخامس) زوجة وبنت وبنت ابن وجدة ، أو ابنتان وأم ، أصلها من ثمانية ثم تنقل إلى أربعين وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت إليه المسئلة. ومثال ذلك أربع زوجات واحدي وعشرون بنتاً وأربع عشر جدة ، مسئلة الزوجات من ثمانية ، فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة تكن أربعين للزوجات فريضة أهل الرد خمسة لاتصح عليهن ولا توافق يبقى خمسة وثلاثون للجدات خمسها سبعة على أربع عشرة توافق بالاسباع فرجن إلى اثنين ويبقى

ولنا أن الجد يقاسم الاخت فيأخذ مثلها إذا كان معها أخ فكذلك إذا انفردت وهذه إحدى مبرعات ابن مسعود

(فصل) بنت وأخ وجد الباقي بعد فرض البنت بينهما نصفين وإن كان معه أخته فالباقي بينهم على خمسة، وإن كان أخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة فإن زادوا فلا حظ له في المقاسمة ويأخذ السدس والباقي لهم فإن كانوا من الجهتين فليس لولد الأب شيء. ويأخذ ولد الابن جميع الباقي بنت وأختان وجد الباقي بين الجد والاثنين على أربعة ونصف من ثمانية فإن كن ثلاث أخوات فالباقي بينهم على خمسة فإن كن أكثر من أربع فله السدس أو ثلث الباقي والباقي لمن

(فصل) بنتان أو أكثر أو بنت ابن وأخت وجد لابنتين اثنتان والباقي بين الجد والاخت على ثلاثة ونصف من تسعة وإن كان مكانها أخ فالباقي بينهما على اثنين ونصف من ستة وإن كان مكانه أختان صححت من اثني عشر ويستوي في هاتين المسألتين السدس والمقاسمة فإن زادوا عن أخ أو عن أختين فرضت لجد السدس وكان الباقي لهم فإن كان معهم أم أو جدة فلا جد السدس ولا شيء للاخوة والأخوات.

(فصل) زوج وأخت وجد لزوج النصف والباقي بينهما على ثلاثة وعند علي وابن مسعود للاخت

للبنات ثمانية وعشرون توافق بالاسباع أيضاً فيرجعن إلى ثلاث والابنتان يدخلن في عدد الزوجات فتضرب ثلاثة في أربعة تكن اثني عشر ثم في أربعين تكن أربعمائة وثمانين.

(فصل) ومتى كان مع أحد الزوجين واحد منفرد بمن يرد عليه فانه يأخذ الفاضل عن الزوج ولا تنتقل المسئلة كزوجة وبنت للزوجة الثمن والباقي للبنت بالفرض والرد وإن كان معه فريق واحد من أهل الرد كالبنات أو الأخوات قسمت الفاضل عليهم كالعصبة فإن انكسر عليهم ضربت عددهم في مسئلة الزوج والله أعلم

باب تصحيح المسائل

إذا لم ينقسم سهم فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة ثم يصير لكل واحد من الفريق مثل ما كان لجماعتهم إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء فيجزيك ضرب وفق عددهم في أصل المسئلة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ منه تصح ثم يصير لكل واحد من الفريق وفق ما كان لجماعتهم، فإذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في العدد الذي ضربته في المسئلة وهو الذي يسمى جزء السهم فما بلغ فهو له إن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم. مثاله زوج وأم وثلاثة أخوة أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس سهم يبقى للاخوة سهمان لا تقسم عليهم ولا توافقهم فاضرب عددهم وهو

النصف ولجد السدس وعالت الى سبعة وان كان مع الاخت أخرى فالباقي بينهم على أربعة وعندهما لهما الثلثان وتعمل الى ثمانية وان كان مكانهما اخ فالباقي بينهما نصفين وان كان اخ وأخت أو ثلاث أخوات قاسمهم الجدة وان كان اخوان أو من بعدهما استوى السدس وثلاث الباقي والمقاسمة فان زادوا فرضت له السدس والباقي لهم وان كان زوج وبنت وأخت وجد فلزوج الربع وللبنت النصف والباقي بينهما على ثلاثة ويستوى السدس وهنا والمقاسمة فان زادوا على أخت واحدة فرضت لجد السدس والباقي لهم وان كان مع الزوج ابنتان أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم أو جدة سعت الاخوة والاخوات وفرضت لجد السدس وعالت المسئلة الى ثلاثة عشر

(فصل) زوجة وبنت وأخت وجد الباقي بين الجدة والاخت على ثلاثة وتصح من ثمانية فان كان مكان الاخت اخ أو اختان فالباقي بينهم وتصح مع الاخ من ستة عشر ومع الاختين من اثنين وثلاثين وان زادوا فرضت لجد السدس وانتقلت المسئلة الى أربعة وعشرين ثم تصح على المنكسر عليهم وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت وبنت ابن وبنت وأم أو جدة فرضت لجد السدس ويبقى

للاخوة والاخوات سهم من أربعة وعشرين

(باب ذوي الارحام)

وهم الاقارب الذين لا فرض لهم ولا نصيب ومم أحد عشر حيزاً وند البنات وولد الاخوات وبنات الاخوة وولد الاخوة من الام والعلمات من جميع الجهات والعم من الام والاخوال والحالات

ثلاثة في أصل المسئلة وهو ستة تكن ثمانية عشر سهماً للزوج ثلاثة في ثلاثة تسعة وللأم سهم في ثلاثة ثلاثة وللأخوة سهمان في ثلاثة ستة لكل واحد سهمان وهو ما كان لجماعتهم فان كان الاخوة أربعة فان سهامهم توافقهم بالنصف فتضرب نصفهم وهو اثنان في المسئلة تكن اثني عشر فإذا أردت القسمة ضربت سهام كل وارث في وفق عددهم وهو اثنان

(مسئلة) (وان انكسر على فريقين أو أكثر لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يكونا مئائتين كثلثة وثلثة فيجزيك ضرب أحدهما في المسئلة وطريق قسمتها مثل طريق القسمة فيها إذا كان الكسر على فريق واحد سواء .

مثاله ثلاثة أخوة لام وثلاثة لاب لولد الام الثلث والباقي لولد الاب أصلها من ثلاثة لولد الام سهم على ثلاثة لا ينقسم ولولد الاب اثنان على ثلاثة لا ينقسم ولا يوافق فتضرب أحد العددين وهو ثلاثة في أصل المسئلة تكن تسعة لولد الام سهم في ثلاثة ثلاثة لكل واحد سهم ولولد الاب اثنان في ثلاثة ستة لكل واحد سهمان مثل ما كان لجماعتهم ولو كان ولد الاب ستة وافقت سهامهم بالنصف فرجع عددهم إلى ثلاثة وكان العمل فيها كما ذكرنا سواء

(القسم الثاني) أن يكون العدديان متناسبين وهو أن ينتسب إلى الآخر بجزء من أجزائه كنصفه أو ثلثه أو نحو ذلك فيجزيك ضرب الأكثر منها في المسئلة وعولها .

وبنات الاعمام والجد ابو الام وكل جدة أدلت باب بين أمين او باب أهل من الجد فؤلاً. ومن أدلى بهم يستنون ذوي الارحام وكان أبو عبد الله يورثهم اذا لم يكن ذو فرض ولا عصبية ولا أحد من الوراثة الا الزوج والزوجة، روي هذا القول عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ ابن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وعقمة ومهزيق وأهل السكفة وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال، وبه قال مالك والاوزاعي والشافعي رضي الله عنهم وابو ثور ودرداد وابن جرير لان عطاء بن يسار روى أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمة والحالة فأُنزل عليه أن لا ميراث لها رواه سعيد في سننه لان العمة وابنة الاخ لا ترثان مع أخيهما فلا ترثان منفردتين كالاجنبيات وذلك لان انفصام الاخ اليهما يؤكدهما ويقويهما بدليل أن بنات الابن والاخوات من الاب يعصبن أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والاخوات من الابوين ولا يرثن منفردات فإذا لم يرث هاتان مع أخيهما فمع عدمه أولى ولان الموارث اما تثبت نصا ولا نص في هؤلاء.

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أي أحق بالتوارث في حكم الله تعالى قال أهل العلم كان التوارث في ابتداء الاسلام بالخلف وكان الرجل يقول للرجل دمي

مثاله جدتان وأربعة اخوة لاب للجدتين السدس والاخوة ما بقي أصلها من ستة وعددهم لا يوافق سهامهم وعدد الجدات نصف عدد الاخوة فأجزأ بالاكثر وهو أربعة واضربه في أصل المسئلة تكن أربعة وعشرين للجدات سهم في أربعة وللأخوة خمسة في أربعة وعشرين لكل واحد خمسة ولو كان عدد الاخوة عشرين لوافقهم سهامهم بالاخماس فيرجع عددهم إلى أربعة والعمل على ما ذكرنا (القسم الثالث) : أن يكون السددان متباينين لا يماثل أحدهما صاحبه ولا يناسبه ولا يوافقه فنضرب أحدهما في جميع الآخر فما بلغ فهو جزء السهم فاضربه في المسئلة فما بلغ فته تصح ثم كل من له شيء من أصل المسئلة مضروب في جزء السهم .

مثاله أم وثلاثة اخوة لام وأربعة لأب أصلها من ستة لولد الام سهمان لا يوافقهم ولولد الاب ثلاثة لا يوافقهم والعددان متباينان فاضرب أحدهما في الآخر تكن اثني عشر ثم في أصل المسئلة تكن اثنين وسبعين ومنها تصح الام سهم في اثني عشر ولولد الام سهمان في اثني عشر أربعة وعشرون لكل واحد ثمانية ولولد الاب ثلاثة في اثني عشر ستة وثلاثون لكل واحد تسعة إن وافق احد العددين سهامه دون الآخر اخذت وفق الموافق واضربه فيما لم يوافق وعمت على ما ذكرنا. وان وافقا جميعاً سهامهما رددتهما إلى وفقهما وعمت في الوفقين عمك بالعددان الاصيلين

(فصل) فان أردت أن تعرف ما لاحدكم قبل التصحيح فاضرب سهام فريقه في الفريق الآخر فما خرج فهو له فإذا أردت أن تعلم مال لكل واحد من ولد الام فللفريقه من أصل المسئلة سهمان اضربهما في عدد الفريق الآخر وهو أربعة تكن ثمانية فهي لكل واحد من ولد الام وللفريق ولد الاب ثلاثة اضربهما في عدد ولد الام تكن تسعة فهي لكل واحد منهم .

دمك ومالي مالك تنصرفني وأنصرك وترثني وأرثك فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة وذلك قول الله عز وجل (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم) ثم نسخ ذلك وصار التوارث بالاسلام والمهجرة فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقول الله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وروى الامام احمد باسناد عن سهل بن حنيف ان رجلا رمى رجلا بسهم فقتله ولم يترك الا خلا فكتب فيه ابو عبيدة الى عمر فكتب اليه عمر اني سمعت رسول الله ﷺ يقول «الحال وارث من لا وارث له» قال الترمذي هذا حديث حسن ، وروى المقداد عن النبي ﷺ انه قال «الحال وارث من لا وارث له يعقل عنه وبرثه» أخرجه أبو داود وفي لفظ «مولى من لا مولى له يعقل عنه ويترك عانيه» فان قيل المراد به ان من ليس له الا خال فلا وارث له كما يقال الجوع زاد من لازاد له والماء طيب من لا طيب له والصبر حيلة من لا حيلة له أو انه أراد بالحال السلطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة (أحدها) انه قال يرث ماله وفي لفظ قال يرثه (والثاني) ان الصحابة فهموا ذلك فكتب عمر بهذا جوابا لأبي عبيدة حين سأله عن ميراث الحال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(الثالث) انه سماه وارثا والاصل الحقيقة وقولهم ان هذا يستعمل لانني قلنا والاثبات كقولهم يا محمد من لا عماد له ياستد من لا سند له بإذخر من لا ذخرك له

(القسم الرابع) أن يكون العددين متفقين بنصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك من الاجزاء فانك ترد أحد العددين إلى وفقه ثم تضربه في جميع الاجزاء فما بلغ ضربته في المسئلة . ومثال ذلك زوج وست جدات وتسعة اخوة فيتفقان بالثلث فتزد الجدات الى ثلثين اثنين وتضربها في عدد الاخوة تكن ثمانية عشر ثم تقرب ذلك في أصل المسئلة تكن مائة وثمانية ومنها تصح (فصل) فان كان الكسر على ثلاثة احياء نظرت فان كانت مماثلة كثلثات جدات وثلث بنات وثلاثة أعمام ضربت أحدها في المسئلة فما بلغ فنه تصح المسئلة ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجمعهم وإن كانت متناسبة كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجزأت بأكثرها وهي العشرة فضربتها في المسئلة تكن ستين ومنها تصح ، وإن كانت متباينة مثل أن يكون الأعمام في هذه المسئلة ثلاثة ضربت بعضها في بعض تكن ثلاثين ثم ضربتها في المسئلة تكن مائة وثمانين وإن كانت متوافقة كست جدات وتسع بنات وخمس عشر عما ضربت وفق عدد منها في جميع الاجزاء فما بلغ وافقت بينه وبين الثالث وضربت وفقه في جميع الثالث فما بلغ ضربته في أصل المسئلة ومنها تصح وإن تأمل اثنان منها وباينهما الثالث أو وافقهما ضربت أحد المائتين في الثالث أو في وفقه ان وافق فما بلغ ضربته في المسئلة وإن تناسبا باينهما الثالث ضربت أكثرهما في جميع الثالث أو في وفقه ان كان موافقا

وقال سعيد حدثنا أبو شهاب عن محمد بن اسحاق عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسم بن حبان قال توفي ثابت بن الدحداحة ولم يدع وارثا ولا عصبه فرفع شأنه الى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله الى ابن أخته أبي إلبانة بن عبد المنذر ، ورواه أبو عبيد في الاموال الا أنه قال : ولم يخلف الا ابنة اخ له فقضى النبي ﷺ ميراثه لابنة أخيه ولأنه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض وذلك لانه سارى الناس في الاسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته وبعد الموت بوصيته فاشبه ذوي الفروض والعصباء المحجوبين اذا لم يكن من يحجبهم وحديثهم مرسل ثم يحتمل انه لا ميراث لها مع ذوي الفروض والعصباء ولذلك سمي الحال وارث من لا وارث له أي لا يرث إلا عند عدم الوارث ، وقولهم لا يرثان مع اخوتها قلنا لانها أقوى منهما ، وقولهم ان الميراث إنما ثبت نصا قلنا قد ذكرنا نصوصا ثم التعليل واجب معها أمكن وقد أمكن هنا فلا يصار إلى التعبد المحض

(مسئلة) قال (ويورث ذووا الارحام فيجعل من لم يسم له فريضة على منزلة من سميت له ممن هو نحوه فيجعل الخلال بمنزلة الام والعمة بمنزلة الاب وعن أبي عبد الله

ثم في المسئلة وإن توافق اثنان وبأيهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الثالث وإن تبين اثنان ووافقهما الثالث كاربعة أعمام وست جدات وتسع بنات اجزاء ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسئلة ويسمى هذا الموقوف المقيد لانك إذا رددت وفق أحدهما لم تقف الا الستة ولو وقفت غيرها مثل أن تقف التسعة وترد الستة إلى اثنين لدخول في الاربعة وأجزاء ضرب الاربعة في التسعة ولو وقفت الاربعة رددت الستة إلى ثلاثة ودخلت في التسعة وأجزاء ضرب الاربعة في التسعة فأما إن كانت الاعداد الثلاثة متوافقة فانه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان (أ-أدهما) ما ذكرنا من قبل وهو طريق الكوفيين (والثاني) طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين وتردها الى وفقهما ثم تنظر في الوقفين فان كانا متباينين ضربت أحدهما في الموقوف وإن كانا متساوين ضربت أكثرها وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف وإن كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فان بلغ ضربه في المسئلة

ومثال ذلك عشر جدات واثنين عشر عما وخمس عشرة بنتاً فقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف فترجع إلى ستة وافقها الخمس عشرة بالاخماس فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في الستة فتضرب الستة في العشرة تكن ستين ثم في المسئلة تكن ثلاثمائة وستين وإن وقفت الاثني عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة والخمسة عشرة إلى ثلثها خمسة وهما متباينان فتضرب الخمسة في الاثني عشر ستين وإن وقفت الخمس عشرة رجعت العشرة إلى اثنين والاثنين عشر إلى اربعة ودخل الاثنان في الاربعة فتضربها في الخمس عشرة ثم في المسئلة

رحمه الله رواية أخرى انه جعلها بمنزلة العم وبنت الاخ بمنزلة الاخ وكل ذي رحم لم يسم له فريضة فهو على هذا النحو)

مذهب أبي عبد الله في توريث ذوي الارحام مذهب أهل التنزيل وهو ان ينزل كل واحد منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فان بعدوا نزلوا درجة درجة إلى أن يصلوا من يمتون به فيأخذون ميراثه فان كان واحداً أخذ المال كله وان كانوا جماعة قسمت المال بين من يمتون به فما حصل لكل وارث جعل لمن يمت به فان بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم وهذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحماد ونعيم وشريك وابن أبي ابيلى والثوري . وسائر من ورثهم غير أهل القرابة

وقد روي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما انها نزلت بنت البنت بمنزلة البنت وبنت الاخ بمنزلة الاخ وبنت الاخت بمنزلة الاخت والعمة بمنزلة الاب والحالة بمنزلة الام . وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والحالة وعن علي أيضاً انه نزل العمة بمنزلة العم وروي ذلك عن علقمة ومسروق وهي الرواية الثانية عن أحمد رضي الله عنه، وعن الثوري وأبي عبيد انها نزلها بمنزلة الجدوع ولدا الاخوة والاخوات ونزلها آخرون بمنزلة الجددة، وانما صار هذا الخلاف في العمة لأنها أدات بأربعة جهات وارثات فلاب والعم أخواها والجدو الجددة أبواها، ونزل قوم الحالة جددة لان الجددة أمها والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا والحالة أما

(فصل) في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة الطريق في ذلك ان تلقي أقل العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى فان بقي به فالعددان متناسبان وان لم يفن ولكن بقيت منه بقية القيتين فالعددان متناسبان فان بقيت منه بقية القيتين من البقية الاولى ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى تصل الى عدد يفني الملقى منه غير الواحد فأي بقية بقيت بها غير الواحد فالموافقة بين العددين بحجزه تلك البقية ان كانت اثنين فبالانصاف وان كانت ثلاثة فبالاثلاث وان كانت أربعة فبالارباع وان كانت أحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فنحو ذلك وان بقي واحد فالعددان متباينان وما يدلك على تناسب العددين أنك اذا زدت على الأقل مثله أبداً ساوى الأكثر ومتى قسمت الأكثر على الأقل انقسم بقسمة صحيحة ومتى نسبت الأقل الى الأكثر انقسم اليه بحجز واحد ولا يكون ذلك الا في المنتصف فما دونه

باب المناسبات

ومعناها أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسم تركته ولها ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون ورثة الثاني يروونه على حسب ميراثهم من الاول مثل أن يكونوا نصبة لها فاقسم المال بين من بقي منهم ولا تنظر الى الميت الاول .

لوجوه ثلاثة، أحدها (ماروى الزهري أن رسول الله ﷺ قال «العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب والحالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينهما أم» رياه الامام أحمد (الثاني) أنه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا يخالف لهم في الصحابة (الثالث) أن الاب أقوى جهات العمة والام أقوى جهات الخالة فتميزن تنزيلهما بهما دون غيرها كينت الاخ وبنت العم فلهما ينزلان منزلة أبويهما دون أخويهما ولأنه إذا اجتمع لهما قرابات ولم يمكن توريثهما بجهتيهما ورثتا بأقواهما كالجوس عند من لم يورثهم بجميع قراباتهم وكالأخ من الأبوين قانا نورته بالنعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه قانا أبو حنيفة وأصحابه قانهم ورثوم على ترتيب العصبات فجعلوا أولادهم من كان من ولد الميت ون سفلوا ثم ولد أبويه أو أحدهما وإن سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وإن سفلوا كذلك أبدا لا يرث بنوا أب اعلى وهناك بنوا اب أقرب منه وإن نزلت درجته وعن أبي حنيفة أنه جعل أبا الام وإن على أولى من ولد البنات وبقي مذهبهم مذهب أهل القرابة .

ولنا أنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب الحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يستقط ولد أبيه فأولى أن لا يستقطهم ولده .

(مسائل) من ذلك بنت بنت وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة فإن كان متهما بنت أخ قالباقي لها ونصح من ستة فإن كان متهما خالة فبنت البنت النصف وابنت بنت الابن السدس تركة

مثال ذلك أربع بنين وثلاث بنات ماتت بنت ثم ابن ثم بنت أخرى ثم ابن آخر وبقي ابنان وبنت فأقسم المسئلة على خمسة ولا يحتاج الى عمل مسائل وكذلك نقول في أبوين وزوجة وابنين وبنتين ماتت بنت ثم ماتت الزوجة ثم مات ابن ثم مات الاب ثم الام فقد صارت الموارث كلها بين الابن والبنات الباقيين أثلاثا واستغنيت عن عمل المسائل وبها اختصرت المسائل بعد التصحيح بالموافقة بين السهام فإذا صححت المسئلة نظرت فيها فإن كان لجميعها كسر يتفق فيه جميع السهام رددت المسئلة الى ذلك الكسر ورددت سهام كل وارث اليه ليكون أسهل في العمل

مثاله زوجة وابن وبنت ماتت البنت تصح المسئلان من اثنين وسبعين للزوجة بحقها ستة عشر وللابن ستة وخمسون تنفق سهامها بالأثمان فتردها الى ثمنها تسعة للزوجة سهران وللابن سبعة (الحال الثاني) أن يكون ما بعد الميت الاول من الموتى لا يرث بعضهم بعضاً كاخوة خلف كل واحد منهم بنته فأجمل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح

مثال ذلك رجل توفي وترك أربعة بنين فمات أحدهم عن اثنين والثاني عن ثلاثة والثالث عن أربعة والرابع عن ستة فالمسئلة الاولى من أربعة ومسئلة الابن الاول من اثنين ومسئلة الثاني من ثلاثة ومسئلة الثالث من أربعة ومسئلة الرابع من ستة فأجعلها كأعداد أربعة فالأثنان تدخل في الاربعة والثلاثة في الستة والاربعة توافق الستة بالانصاف فتضرب نصف إحداها في الاخرى تكن اثني عشر

الثلاثين والخالة السدس والباقي لبنت الاخ فان كان مكان الخالة عمة حجبت بنت الاخ واخذت الباقي لان العمة كالاب فسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الاخ واسقط العمة ومن نزلها جدا قاسم بنت الاخ الثلث الباقي بينهما نصين ومن نزلها جدة جعل لها السدس وابنت الاخ الباقي وفي قول اهل القرابة أنه لا يرث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئاً (فصل) إذا انفرد أحد من ذوي الارحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم وان كانوا جماعة لم يخل اما أن يدلوا بشخص واحد أو بجماعة فان أدلوا بشخص واحد وكانوا في درجة واحدة فالمال بينهم على حسب موارثهم منه فان أسقط بعضهم بعضاً كالب ام والاخوال فاسقط الاخوال لان الاب يسقط الاخوة والاخوات فان كان بعضهم أقرب من بعض فالميراث لأقربهم كخالة وأم أبي أم أو ابن خال فالميراث للخالة لانها تلقى الام بأول درجة ، وهذا قول عامة المنزلة الا أنه حكى من النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الام خاصة أنهم امانوا الام وجعلوا نصيبها لورثتها ويسمى قولهم قول من أمات السبب واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي الارحام فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الام لانها اخت ولا م أبي الام السدس لانها جدة والباقي لابن الخال لانه ابن اخ ولنا أن الميراث من الميت لامن سببه ولذلك ورثنا ام ام الام دون ابن عم الام بعير خلاف

ثم نضربها في المسئلة الاولى تكن ثمانية وأربعين لورثة كل ابن اثنا عشر فلكل واحد من بني الاول ستة ولكل واحد من بني الثاني أربعة ولكل واحد من بني الثالث ثلاثة ولكل واحد من بني الرابع سهمان (الحال الثالث) ما عدا ذلك وهي ثلاثة أقسام (أحدها) أن تقسم سهام الميت الثاني على مسئلة الثاني (الثاني) أن لا ينقسم عليها بل يوافقها (الثالث) لا ينقسم عليها ولا يوافقها فالطريق في ذلك أن تصح مسئلة الاول ثم انظر ما صار للثاني منها فاقسمه على مسئلته بعد أن تصحها فان انقسم صحت المسئلان مما صحت منه الاول كرجل خلف امرأة وبنات وأخاً ثم ماتت البنت وخلفت زوجاً وبناتاً وعماً فان لها من المسئلة الاولى أربعة ومسئلتها من أربعة فصحت المسئلان من ثمانية وصار للأخ أربعة من أخيه ثلاثة ومن بنت أخيه سهم

ومن ذلك أم وعم مات العم وخلف بنته وعصبة المسئلة الاولى من ثلاثة والثانية من اثنين فصحت المسئلان من ثلاثة . ثلاث أخوات مفترقات ماتت الاخت من الابوين وخلفت ابنتين ومن خلفت تصح المسئلان من خمسة . بنت وبنت ابن وأخ ماتت البنت وترك ابنتين وعمها صحت المسئلان من ستة وصار للأخ ثلاثة . زوج وجدة وابنتا ابن من ثلاثة عشر ماتت إحداهما عن أربعة وترك زوجاً وبناتاً وأختها صحت المسئلان من ثلاثة عشر وصار للأخ خمسة . زوجة وأم وابن ماتت الام وترك زوجاً وبناتاً وابن ابن من أربعة وعشرين . زوجة وأم وعم مات العم وترك ثلاث بنين وبناتاً من اثني عشر تصح المسئلان

أيضا في أبي أم أم وابن عم أبي أم أن المال للجد لأنه أقرب ولو كانت الأم الميتة كان وارثها ابن عم أبيها دون أبي أمها، خالة وأم أبي أم وعم أم المال للخالة وعندم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم فإن لم يكن فيها عم أم فالمال بين الخالة وأم أبي الأم على أربعة فإن لم يكن فيها جدة فالمال بين الخالة وعمها نصفين، ابن خالة وابن عم أم المال لابن الخالة وعندم لابن عم الأم. فأما إن أدلى جماعة بجماعة جعلت المال المدلى بهم كأنهم أحيا. فقسمت المال بينهم على مانوجه ألف يضة فصار لكل واحد منهم فهو لمن أدلى به إذا لم يسبق بعضهم بعضا فإن سبق بعضهم بعضا وكانوا من جهة واحدة فالسابق إلى الوارث أولى وإن كانوا من وجهتين نزل البعيد حتى يلحق بمن أدلى به فيأخذ نصيبه سواء سقط به القريب أو لم يسقط هذا ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه نقل عنه جماعة من أصحابه في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم للخالة الثلث ولا بنة ابن العم الثلثان ولا تعطي بنت الخالة شيئا ونقل حنبل عنه أنه قال: قال سفيان قولنا حسنا إذا كانت خالة وبنت ابن العم تعطي الخالة الثلث وتعطي بنت ابن العم الثلثين وظاهر هذا يدل على ما قلناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح، وقال ضرار ابن مردان كان البعيد إذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى وإن لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى يلحق بالوارث، وقال سائر المنزلةين الأسبق إلى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في

(القسم الثاني) أن توافق سهام الميت الثاني مسئلته فالطريق فيها أن تضرب وفق مسئلته في الأولى ثم كل من له شيء من المسئلة الأولى مضروب في وفق الثانية ومن له شيء من المسئلة الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني كرجل خلف امرأة وبنتاً وأخاً ثم ماتت البنت وخلفت زوجاً وبنتاً وأمها وهي الزوجة وعماً فإن المسئلة من ثمانية للبنت النصف أربعة ومسئلتها من اثني عشر توافق سهامها بالربع فتضرب ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون فكل من له شيء من ثمانية مضروب في ثلاثة وهو وفق المسئلة الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني وهو سهم ومن ذلك أم وابنان وبنت مات أحد الابنين وخلف من خلف الأولى من ستة لابن منها سهمان وقد خلف جدته وأخاه وأخته فمسئلته من ثمانية عشر توافق سهميه بالنصف فاضرب نصف مسئلته تسعة في الأولى وهي ستة تكن أربعة وخمسين للام من الأولى سهم في تسعة وفق الثانية ولها من الثانية ثلاثة في سهم صار لها اثنا عشر وللابن الباقي سهمان في تسعة ثمانية عشر ومن الثانية عشرة في سهم صار له ثمانية وعشرون ولاخيه أربعة عشر.

(القسم الثالث) أن لا ينقسم سهام الثاني على مسئلته ولا يوافقها فالطريق فيها أن تضرب المسئلة الثانية في الأولى ثم كل من له شيء من المسئلة الأولى مضروب في الثانية ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني.

إلا عند ابن سالم ونعيم، بنت بنت بنت وابن أخ من أم المال الاولى ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ وهو قول ضرار لان البعيد اذا نزل أسقط القريب بنت بنت بنت بنت ابن المال بينهما على أربعة عند جميع المنزليين وعند أهل القراة هو بنت البنت لانها أقرب ابن بنت بنت بنت أخ هو بينهما ومن ورث الاقرب جعله لبنت الاخ وعند أهل القراة هو لابن بنت البنت ابن بنت وابن ابن أخ بنت لابوين المال بينهما وعند من ورث الاقرب وأهل القراة هو للاول بنت أخ وبنت هم أو بنت عمه المال لبنت الاخ وقياس قول أحمد رضي الله عنه في توريث البعيد من القريب إن كان من جهتين أن يكون لبنت العم والعمة لانهما من جهة الاب وذلك قول ضرار أيضاً ابن أخ بنت وابن عم لام المال بينهما ، ومن ورث الاقرب جعله لابن الاخ بنت وهو قول أهل القراة أيضاً لانها من ولد أبي الميت وابن العم للام من ولد أبي أبيه بنت عم وبنت عم أب هو للاولى عند الجميع إلا عند ابن سالم ونعيم بنت بنت بنت وأم أب أم المال بينهما على أربعة بنت بنت بنت وأبوام أب مثلها عندنا وعند من ورث الاقرب جعله لثاني بنت بنت بنت ابن وعمه أو خالة للاولى النصف في الاولى ومع الحالة لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الاقرب الكل للعمه والخالة ، ويحتمل أن تكون الجهات ثلاثاً الاية والبنوة والامومة لان جعل لامومة جهة خامسة يفضي الى اسقاط بنت العم بنت العمه كما ذكرنا ، وإن جعلنا الاخوة جهة رابعة مع في جهة العمومة أفضى الى اسقاط ولد الاخوة والاخوات بنات الاحمام والعمات واذا جعلنا جميعهم جهة واحدة وورثنا أسبغهم الى الوارث كان أولى والله أعلم

ومثال ذلك زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات . المسئلة الاولى ، من خمسة عشر، ماتت الاخ من الابوين وخلفت زوجا ومن خلفت فستلها من ثمانية وسهامها ستة يتفان بالنصف تضرب نصف مسئلتها في الاولى تكن ستين ثم ماتت الام وخلفت زوجا وأختاً وبنتها وهي الاخ من الام ، فستلها من أربعة ولها من المسئلتين أحد عشر سهماً لا توافق مسئلتها تضرب مسئلتها في الاوليين تكن مائتين وأربعين ومنها تصح الثلاث .

ومثال الاربعة زوجة وابوان وابنتان ، لم يقسموا حتى مات الاب وخلف أخا لاب وأم ، ومن خلف ثم ماتت الام وخلفت أما وعماً ومن خلفت ثم ماتت إحدى البنين وخلفت زوجاً ومن خلفت تصح الاولى من سبعة وعشرين ، واثانية من أربعة وعشرين ، توافق تركة الاب بالارباع ثم ماتت الام عن سبعة وعشرين وخلفت أما وبني ابن وعماً فستلها من ستة وتركتهما توافقها بالاثلاث ثم ماتت إحدى البنين عن مائة وثلاثين وتركزت زوجا وأختاً فستلها من ثمانية وتركتهما توافقها بالانصاف فتصح المسائل الاربع من الف ومائتين وستة وتسعين للزوجة من الاولى والرابعة مائتان وأربعة وسبعون وللبنت الباقية من المسائل الاربع سبعمائة وخمسة عشر ، ولأخي الميت الباقي أربعون ، ولأم الثالثة ستة وثلاثون ، ولعمها كذلك ، ولزوج الرابعة مائة وخمسة وتسعون ، وزوج ، وأم ، وست أخوات

(مسئلة) قال (وإذا كان وارث غير الزوج والزوجة أو مولى نعمة فهو أحق بالمال من ذوي الارحام)

في هذه المسئلة فصول ثلاثة : (أحدها) أن الرد يقدم على ميراث ذوي الارحام فتى خلف الميت عصبه أو إذا فرض من أقاربه أخذ المال كله ولا شيء . فدرى الارحام وهذا قول عامة من ورث ذوي الارحام . وقال الحنبري لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ماروي عن سعيد بن المسيب وعمر ابن عبد العزيز انها ورثا الحال مع البنت فيحتمل أنهما ورثاه لكونه عصبه أو مولى لئلا يخالف الاجماع ، وقول النبي ﷺ « الحال وارث من لا وارث له » ومن مسائل هذا الفصل أبو أم وجدة المال لجدته بنت ابن وبنت بنت ابن ابن ابن وابن أخت عم وعمه ثلاثة بني إخوة مفترقين لا شيء . فدرى الرحم في جميع ذلك (الفصل الثاني) أن المولى المعتق وعصبانه أحق من ذوي الارحام وهو قول عامة من ورثهم من الصحابة وغيرهم وقول من لا يرى توريثهم أيضاً . وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال ابنه أبو عبيدة وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وعلقمة والاسود وعبيدة ومسروق وجابر بن زيد والشعي والنخعي والقاسم بن عبد الرحمن وعمر بن عبد العزيز وميمون ومهران والاول أصح لقوله

مفترقات ، ماتت الام وتركزت أبوها ومن خلفت ، ثم ماتت أخت من أب وأم وتركزت زوجا وجدة ومن خلفت ثم ماتت أخت من أم وخلفت زوجا وجدة ومن خلفت الاولى عشرة والثانية من ستة فتصير الاثنان من ستين والثالثة من عشرين وماتت عن ثلاثة عشر لا توافق فتضرب عشرين في ستين تكن ألفاً ومائتين والرابعة من ثمانية وماتت عن مائة وستة وستين توافقها بالانصاف فتضرب أربعة في الف ومائتين تكن أربعة آلاف وثمان مائة .

(باب قسم التركات)

إذا خلف تركة معلومة فأمكنك نسبة نصيب كل وارث من المسئلة فاعطه . مثل تلك النسبة من التركة ، مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان المسئلة من خمسة عشر والتركة أربعون ديناراً ، فلزوج ثلاثة وهي خمس المسئلة فله خمس التركة ثمانية دنانير ولكل واحد من الابوين ثلثا خمس المسئلة فله ثلثا الثمانية وذلك خمسة دنانير وثلث دينار ولكل واحدة من البنيتين مثل ما للأبوين كليهما وذلك عشرة وثلثان وإن شئت قسمت التركة على المسئلة وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فابا بلغ فهو نصيبه فإذا قسمت التركة على المسئلة هنا كان الخارج بالقسم دينارين وثلثين إذا ضربتها في نصيب الزوج وهو ثلاثة كان ثمانية دنانير وإذا ضربتها في نصيب كل واحد من الابوين كانت خمسة وثلثاً

عليه السلام «الحل وارث من لا وارث له» والمولى وارث ولان المولى يعقل وينصر فأشبهه العصبية من النسب .

(الفصل الثالث) في توريثهم مع الزوج والزوجة لا أعلم خلافا بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب له ولا معاولة ، واختلف في كيفية توريثهم معه ، فروى عن امامنا أنهم يرثون ما فضل كما يرثون المال إذا انفردوا وهذا قول أبي عبيد ومحمد بن الحسن والشافعي وعامة من ورثهم ، وقال يحيى بن آدم وضرار يقسم المال الباقي بينهم على قدر سهام من يدلون به مع أحد الزوجين على الحجب والعول ثم يفرض للزوج فرضا كاملا من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم فاما يقع الخلاف في مسألة فيها من بدلي بذني فرض ومن بدلي بعصبية فاما ان أدلى جميعهم بذني فرض او عصبية فلا خلاف فيه ، ومن مسائل ذلك زوج وبنت بنت وبنت أخت او ابن أخت او أولاد أخت او بنت أخ او بنات أخ فالزوج النصف والباقي بين بنت البنت ومن معها نصفين ، وقال يحيى وضرار المسئلة من أربعة للزوج الربع والبنت النصف سهمان يبقى سهم لمن معها ثم يفرض للزوج النصف والنصف الآخر بينهم على ثلاثة لبنت البنت سهمان ولمن معها سهم فان كان مكان الزوج زوجة فرضت المسئلة من ثمانية للمرأة سهم ولبنت أربعة ويبقى ثلاثة لمن بقي ثم يفرض للمرأة الربع ويقسم الباقي بينهم على سبعة نصربها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ،

وإذا ضربتها في نصيب كل واحدة من ابنتين كانت عشرة دنانير وثلثين ، وإن شئت ضربت نصيب كل وارث في التركة وقسمته على المسئلة فما خرج فهو نصيبه في هذه المسئلة إذا ضربت نصيب الزوج وهو ثلاثة في التركة كان مائة وعشرين إذا قسمتها على المسئلة وهي خمسة عشر خرج بالقسم ثمانية وإذا ضربت نصيب أحد الابوين في التركة كان ثمانين فإذا قسمتها على المسئلة خرج خمسة وثلاثين وإذا ضربت نصيب كل واحدة من البنين في التركة كانت مائة وستين إذا قسمتها على المسئلة خرج بالقسم عشرة وثلثان كما ذكرنا

(فصل) فان كانت المسئلة من الاعداد الصم لم يمكن العمل بالطريق الاول لانه لا نسبة فيها قاعل بالطريقين الآخرين .

مثال ذلك زوج وأم وابنتان ، والتركة خمسون ديناراً ، المسئلة من ثلاثة عشر إذا قسمت عليها التركة خرج بالقسم لكل سهم ثلاثة دنانير وأحد عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من دينار ، نصرب في ذلك سهام الزوج وهي ثلاثة يجتمع له أحد عشر ديناراً وسبعة أجزاء ونصرب نصيب الام تسكن سبعة وتسعة أجزاء ولكل بنت ضعف ذلك وإن ضربت سهام كل وارث في الحسين وقسمتها على المسئلة خرج ما قلنا .

﴿مسئلة﴾ وإن شئت في مسائل المناسجات قيمت التركة على المسئلة الاولى ثم أخذت نصيب

ومنها تصح للمرأة الربع سبعة ولبنت البنت أربعة أسباع الباقي اثناعشر ويبقى تسعة لمن معها زوج وبنت بنت وخالة وبنت عم للزوج النصف والباقي بين ذوي الارحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وللخاله سهم ويبقى لبنت العم سهمان وتصح من اثني عشر سهما ، وفي قول يوجب وضرار تفرض المسئلة من اثني عشر للزوج ثلاثة وللبنت ستة وللأم سهمان ويبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف وتجمع سهام الباقيين وهي تسعة فيقسم النصف الباقي على تسعة فلا تصح فتضربها في اثنين تكن ثمانية عشر ، وإن كان مكان الزوج امرأة فعلى قول الجمهور للمرأة الربع والباقي بين ذوي الارحام على ستة وهي توافق باقي مسئلة الزوجة بالاثلاث فردها إلى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية عشر للمرأة سهمان ولبنت البنت نصف الباقي ثلاثة وللخاله سهم ولبنت العم سهمان ، وعلى قول يوجب تفرضها من أربعة وعشرين لذوي الارحام منها أحد وعشرون ثم تفرض للمرأة الربع من أربعة لها سهم ولم ثلاثة توافق سهامهم بالثلث فتضرب اثني عشر في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح ، امرأة وثلاث بنات ثلاثة إخوة متفرقين امرأة وبنت بنت وثلاث أخوة متفرقين امرأة وبنت بنت وثلاث خالات متفرقات وثلاث عمات متفرقات

(فصل) ولا يعول من مسائل ذوي الارحام الا مسئلة واحدة وشبهها وهي خالة او غيرها ممن يقوم مقام الام او الجدة وست بنات ست أخوات متفرقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ

الثاني فقسسته على مسئلته وكذلك الثالث فإن كان بين التركة والمسألة موافقة رددتها الى وفقها وقسمت وفق التركة على وفق المسألة واعمل على ما ذكرناه .

مثال زوجة وأم وثلاث أخوات متفرقات ، المسألة من خمسة عشر والتركه عشرون ديناراً مائة الام وخلفت أبوين ومن خلفت المسئلة الاولى من خمسة عشر ، والثانية من ستة للام من الاولى سهمان لا تنقسم على الثانية وتوافقها بالنصف فتضرب نصف الستة في المسئلة الاولى تكن خمسة وأربعين ، فإن شئت نسبت نصيب كل وارث من المسئلة واعطيته من التركة مثل تلك النسبة فللأم تسعة وهي خمس المسئلة ، فلها خمس التركة أربعة دنانير ، وللأخت من الام ثمانية ، وهي ثمانية أنساع الخمس ، فلها من التركة ثمانية أنساع خمسها ، وهو ثلاثة دنانير ، وخمس أنساع دينار وللأخت من الابوين عشرون وهي أربعة أنساع المسئلة ، فلها أربعة أنساع التركة وهي ثمانية دنانير وثمانية أنساع دينار ، وللأخت من الاب ستة وهي تسع المسئلة وخمس تسعها فلها من التركة ديناران وثلاثان ، وإن شئت قسمت العشرين على خمسة وأربعين وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فيخرج ما ذكرناه وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة وقسمت ما بلغ على المسئلة فخرج فهو نصيبه إن شئت وافقت بين التركة والمسئلة وهي توافقها بالأخماس فترد المسئلة الى تسعة والتركه الى أربعة وتضرب سهام كل وارث في أربعة وتنقسمه على تسعة يخرج ما ذكرناه .

(مسألة) (وإن أردت القسمة على قرابط الديار فأجل عدد القرابط كالتركه المعلومة

المال بالزوجه فان للخاله السدس ولولد الام الثلث ولبنات الاختين من الابوين الثلثان أصلها من ستة وعالت إلى سبعة

﴿مسئلة﴾ قال (ويورث الذكور والاناث من ذوي الارحام بالسوية اذا كان ابوم واحدا وامهم واحدة الا الخمال والخاله فلا لخال الشين وللخاله الثلث)

اختلفت الرواية عن احمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الاثرم وحنبيل وابراهيم بن الحارث في الخال والخاله يعطون بالسوية فظاهر هذا التسوية في جميع ذوي الارحام وهو اختيار أبي بكر ، ومذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لانهم يرثون بالرحم المجرى فانه يرى ذكرهم وأنثاهم كولد الام ، ونقل يعقوب بن يحنان اذا ترك ولد خاله وخاله اجعله بمنزلة الاخ والاخت لذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمة . ونقل عنه المروذي فيمن ترك خاله وخاته : لخال الثلثان وللخاله الثلث ، فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزليين لان ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حلهم على ذوي الفروض لانهم يأخذون المال كله ولا على العصة البعيد لان ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والاخوة والاخوات . ويجاب عن هذا بأنهم معتبرون

واعمل على ما قلنا ، وقراريط الدينار في عرف بلدنا أربعة وعشرون قيراطاً فان كانت السهام كثيرة وأردت أن تعلم سهم القيراط فانظر ما يتركب منه العدد فانه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد فانسب احد العددين الى أربعة وعشرين فان كان أقل منها فخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة ، فاذا كان فهو اكل قيراط وان كان أكثر من أربعة وعشرين قسمته عليها فاخرج بالقسم قاضيه في العدد الآخر فما بلغ فهو لصيب القيراط

ومثال ذلك سبعة أردت قسمتها على القراريط فهي متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين وانسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلاثها فخذ نصف الثلاثين وثانها خمسة وعشرون فهي سهم القيراط وإن قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع قاضيه في العشرين تكن خمسة وعشرين وهي سهم القيراط فاذا عرفت سهم القيراط فانظر كل من له سهام فاعطه بكل سهم من سهام القيراط قيراطاً فان بقي له من السهام ما لا يبلغ قيراطاً فانسبه إلى سهام القيراط وأعطه منه مثل تلك النسبة فان كان في سهام القيراط كسر بسطتها من جنس الكسر ثم كل من له سهام بعدد مبلغ السهام فله بعدد مخرج الكسر قراريط وتضرب بقية سهامه في مخرج الكسر وتنسبها منها

مثال ذلك زوج وأبوان وابنتان ماتت الام وخلفت أما وزوجاً وأختاً من أبوين وأختين من أب وأختين من أم فالاولى من خمسة عشر والثانية من عشرين فتضرب وفق لإحداها في الاخرى تكن

بولد الام وانما يأخذون كل المال بالفرض والرد واتفق الجميع على النسوية بين ولد الام لان اباهم يستوي ذكرهم وأنثاهم الا في قياس قول من أمات السبب فان الذكر مثل حظ الانثيين . والذي نقل الحرفي النسوية بين الجميع إلا في الحال والحالة ولم أعلم له موافقا على هذا القول ولا علمت وجهه . وأما قوله إذا كان أبوهما واحداً وأمهم واحدة فلأن الخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد فاما إذا اختلف أبوهما وأمهما كالأخوال والحالات المتفرقين والعلمات المفترقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بمسير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت أخرى فلذلك موضع آخر يذكر فيه غير هذا ان شاء الله تعالى

ومن مسائل ذلك ابن أخت مع أخته أو ابن بنت مع أخته : المال بينهما نصفين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزلين المال بينهما على ثلاثة اثنان وابنتان أخت لابوين وثلاثة بنين وثلاث بنات أخت لاب وأربعة بنين ولد وأربع بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة الاخات من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة من الاب سبهم بين ولدها على ستة والاخت من الام سبهم بين ولدها على ثمانية والاربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ، ثم في خمسة تكن ثمانية وعشرين ومن فضل أبني ولد الام بمالهم وجعل ولد الاخت من الابوين ستة توافقهم سبهم بالثلث فيرجعون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الاخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية

مائة وخمسين وسهم القيراط ربع أبسطها أرباعا تكن خمسة وعشرين فهذه سهام القيراط فللبنت من الاولى أربعة في عشرة أربعون فلها بخمسة وعشرين أربعة قراريط يبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين وانقسمها على خمسة وعشرين تكن اثنين وخمسين فصار لها ستة وخمسان وللأب من الاولى والثانية ستة وعشرون فله بخمسة وعشرين أربعة وابسط السهم الباقي أرباعا يكن أربعة أخماس خمس ولزوج الاولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين سهماً أربعة قراريط وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين وهي أربعة أخماس قيراط ولأم الثانية سبهم أبسطها أرباعا تكن خمس قيراط وثلاثة أخماس قيراط وكذلك لكل أخت من أم وللأختين الاب مثل ذلك وللأخت للابوين ستة أبسطها أرباعا تكن أربعة أخماس قيراط

(مسألة) (وإن كانت التركة سهاما من عقار كذلك وربع ونحو ذلك)

فان شئت ان تجعلها من قراريط الدينار وتقسّمها على ما قلنا وإن شئت وافقت بينها وبين المسئلة وضربت المسئلة او وقتها في مخرج سهام العقار او في وقتها فما كان فالتسبة من المبلغ فما خرج فهو نصيبه إذا كانت التركة ربع دار وثانها جمعها من مخرجها قراريط فكانت أربعة عشر قيراطاً وجعلتها [فلهادانير وعملت على ما سبق وإن شئت اخذتها من مخرجها وقسمتها على المسئلة فان انقسمت بغير ضرب . مثال ذلك زوج وام وثلاث اخوات مفترقات والتركة ربع دار وخمسها المسئلة من تسعة

تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلثمائة وستين ، وإن كانوا أولاد عمات أو خالات ، فقرقات فكذلك ، وإن كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل . وقرول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كأولاد البنين (فصل) وإن كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهم على عددهن فما أصاب كل واحدة منهن فهو لولدها بالسوية عند من سوى ، وعند من فضل جعله بينهم على حسب ميراثهم . واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف إلى قسم المال بينهم على عددهم دون مراعاة أمهاتهم إذا استروا ومن بدلون به من الآباء والأمهات إلى بنات الميت فذكر مثل حظ الاثنين كأولاد البنين ، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بآبائنا وإن كان أنثى ، ومن أدلى بالأنثى أشى وإن كان ذكراً وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم فذكر مثل حظ الاثنين وما أصاب واللاتشي قسمه بينهم كذلك .

(سأل) من ذاك بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، قول من سوى المال بينهما نصين وقرول من فضل إن كانا من ولد بنين فكذلك وإن كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنتها وابنتها ثلاثاً ولبنتها ثلثه فما أصاب ابنتها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنتها فيصير لابنت سهران ولابن سهم ، وقرول محمد كذلك وقرول أبي يوسف لابن سهران ولابنت سهم كابن الميت وبنته : ابنا وبنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين البقيتين على ثلاثة سواء كانوا من

ومخرج سهام العقار عشرون الموروث منها تسعة منتسمة على المسئلة لازوج منها ثلاثة وهي عشر الدار ونصف عشرها واللاخت من الابوين مثل ذلك ولكل واحدة من الباقيات نصف عشر فان لم تقسم لكن وافقت السهام الموروثة المسئلة رددت المسئلة الى وفقها ثم ضربته في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسئلة مضروب في وفق السهام الموروثة من العقار

مثاله زوج وابوان وابنتان والتركة ربع دار وخمسها المسئلة من خمسة عشر توافق السهام الموروثة من العقار بالثلث لأنها تسعة فترد المسئلة الى ثلثها خمسة ثم تضربها في مخرج سهام العقار وهي عشرون تكن مائة فللزوج من المسئلة ثلاثة في وفق سهام العقار ثلاثة تسعة من مائة وهو نصف عشر الدار وخمس خمسها ولكل واحد من الابوين سهران في ثلاثة ستة وهي ثلاثة أخماس عشر الدار ولكل بنت ضعف ذلك وهو عشر وخمس عشرة وإن لم توافق السهام الموروثة المسئلة ضربت المسئلة جميعها في مخرج سهام العقار ثم كل من له شيء من المسئلة مضروب في السهام الموروثة من العقار فما بلغ فأنسبه من مبالغ سهام العقار وإن شئت نسبت سهام كل وارث من المسئلة فما بلغ أعطيته منها بقدر نسبة السهام الموروثة الى سهام العقار فتقول في هذه المسئلة للزوج من المسئلة الخمس فله خمس التركة وكذلك تفعل في بقية الورثة على ما سبق

ولد بنت أو من ولد بنين ، وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنين فلا ين ابن البنت النصف والنصف الآخر بين الباقيين على خمسة ، وان كانوا من ولد بنت فلا ين ابن البنت الثلثان والثلث الباقي للباقيين على خمسة لان المال كان للبنت الاولى قسم بين ابنتها اثلاثا لابن سهمان فما لا ينه وللبنت سهمان فهو لوادها قول محمد يقسم بينهم على خمسة لابن الابن سهمان لانه بدلي بابن وللباقيين ثلاثة لانهم بدلون بأبني قول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنين كذلك وان كانوا من ولد واحدة فلا ينهما الثلثان بين ابنتيه ولا بنتها الثلث بين ابنتها قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل أنثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم ولكل أنثى سهمان ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بنين وثلاث بنات بنت بنت بنت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الباقي بين الآخرين على ستة وتصح من أربعة وعشرين قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فالاولين اثنتان بينهم على ستة والآخرين الثلث بينهم على تسعة وتصح من أربعة وخمسين ، وان كانوا من ولد اثنتين صحت من ستة وثلاثين قول أبي يوسف لذكر مثل حظ الانثيين وتصح من خمسة عشر ، وقول محمد ولد ابن الاخت بمنزلة أرم ذكر وولد بنت الاخت كمت إنث فيقسم المال بينهم على أربعة عشر ولولد اخ لاخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة والآخرين ستة بينهم

(فصل في المجهولات زوج وأم وأختان لاب وأم أخذ الزوج بميراثه خمسة وأربعين ديناراً كم جميع التركة ؟ فالطريق في ذلك أن تقسم الدنانير التي أخذها على سهامه تخرج خمسة عشر فاضربها في سهام المسئلة وهي ثمانية تكن مائة وعشرين وهي التركة وان شئت ضربت ما أخذ في سهام المسئلة تكن ثلاثمائة وستين وقسمت ذلك على سهامه فما خرج فهو التركة وان شئت فأت سهام من بقي مثل سهامه مرة وثلاثين فيجب أن يكون الباقي خمسة وسبعين زوج وأم وست اخوات مفترقات والتركة ستة وخمسون ديناراً وثوب أخذ الزوج بميراثه الثوب كم قيمته ؟ فالطريق أن تقسم العين على سهام من بقي من الورثة تخرج ثمانية تضربها في سهام الزوج تكن أربعة وعشرين وان شئت فأت سهام الزوج من سهام الباقي ثلاثة أسباعها فخذ ثلاثة أسباع العين تكن ما ذكرنا وبالخير تجمل قيمة الثوب شيئاً فاذا أخذ الزوج ثلاثة أسهم وجب أن يأخذ باقي الورثة سبعة أسهم شيئين وثلاثا وذلك يعدل العين فالشيء ثلاثة أسباعها في ثلاثة أسباع العين تكن أربعة وعشرين وان بسطت الشيئين والثالث اثلاثا كانت سبعة وقسمت لميها العين يخرج الشيء أربعة وعشرين زوج وأم وست اخوات مفترقات والتركة خمسة وثلاثون ديناراً وثوب أخذت احدى الاختين للاب والام الثوب وثلاثة دنانير فأتى ما أخذت من العين فاقسم الباقي على سهام باقي الورثة وهي ثمانية يخرج بالقسم أربعة دنانير وهي نصيب السهم فالاختين بسهمين ثمانية دنانير فاذا بقيت منها ثلاثة دنانير بقي خمسة وهي قيمة الثوب والتركة جميعها أربعون ديناراً أو بالخير تجمل قيمة الثوب شيئاً

على سبعة وتسبع من اثنين وأربعين وترجع بالاختصار الى أحد وعشرين، 'بتنا أخ وابن وابنة أخت
لبنتي الأخ الثلثان في قول الميزابن جميعهم ، رقول محمد الثالث لولدي الأخت بينهما بالسوية عند
من سوى ومن فضل جملة بينهما أثلاثا وهذا قول محمد ، وقال أبو يوسف لابن الأخت -ههنا ولكل
واحد من الباقيين سهم وتسبع من خمسة

[illegible]

فمقول اذا أخذت الاخت بسهمين ثوباً وثلاثة دنائير وجب أن يأخذ بقية الورثة أربعة أشياء واثني عشر ديناراً وذلك يعدل ما حصل لهم وهو اثنان وثلاثون ديناراً فألقى اثني عشر بمثلها بقي أربعة أشياء تعدل عشرين ديناراً فقيمة الثوب خمسة دنائير كما قلنا فان كانت المسئلة بمجالها والتركة ثلاثون ديناراً وعبدان متساويا القيمة أخذت احدى الاختين الابطوين أحد البدين فأسقط سهمها من المسئلة وأسقط بمثلها العبد الآخر يبقى ستة تقسم العين عليها يخرج للسهم خمسة فقيمة العبد عشرة وبالجبر تجعل قيمته كل عبد شيئاً فاذا أخذت بسهمين شيئاً وجب أن يكون لباقي الورثة أربعة أشياء وذلك يعدل ما معهم وهو ثمانية وثلاثون ديناراً فألقى المشترك يعدل الشيء عشرة كما قلنا

(باب ذوي الارحام)

وهم كل قرابة ليست بنذي فرض. ولا عصبة وهم أحد عشر صنفاً ولد البنات وولد الاخوات وبنات الاخوة وبنات الاعمام وبنو الاخوة من الام والعم من الام والعمات والاخوال والحالات وأبو الام وكل جدة أدات باب بين أمين أو باب أعلى من الجد ومن أدلى بهم فهم يسمون ذوي الارحام وكان أبو عبد الله يورثهم اذا لم يكن ذو فرض ولا عصبة الا الزوج والزوجة روي هذا القول عن عمر وعلي وعبد الله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر

للأولين وقول من أمات السبب وورث البعيد مع القريب: المال بين بنت ابن بنت وبنت بنت ابن ابن على أربعة وتسقط الأخرى لأن هذه وارثة البنت في أول درجة ، بنت بنت وبنت بنت بنت أخت أخرى وبنت بنت ابن المال بين الأولى والأخيرة على المنزلة ، وقال أهل القرابة هو الأولى قول ابن سالم هو للأولين وتسقط النائة

(مسئلة) قال (وإذا كان ابن أخت وبنت أخت أخرى اعطي ابن الأخت حق أمه النصف وبنت الأخت الأخرى حق أمها النصف ، وإن كان ابن وبنت أخت وبنت أخت أخرى فلا ابن وبنت الأخت النصف بينهما نصفين ولبنت الأخت الأخرى النصف)

أما المسئلة الأولى فلا خلاف فيها بين المنزلة لأن كل واحد منهما له ميراث من أدلى به وهو قول محمد بن الحسن أيضا ، وقال أبو يوسف يعتبرون بأنفسهم فيكون لابن الأخت الثلثان ولبنت الأخت الثلث . وأما المسئلة الثانية فلا خلاف بين المنزلة في أن لولده كل أخت ميراثها وهو النصف ومن سوى جعل النصف بين ابن الأخت وأخته نصفين والنصف الآخر لبنت الأخت الأخرى فنصح من أربعة ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة ونصح من ستة ، وقال أبو يوسف للابن

ابن عبد العزيز وعطاء وطاوس وعلقمة ومسروق وأهل الكوفة وكان زيد لا يورثهم ويجعل الباقي لبيت المال وبه قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وداد وابن جرير لأن عطاء بن يسار روى أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله في العمة والحالة فأ نزل الله عز وجل أن لا ميراث لهما رواه سعيد في سننه ولأن العمة وبنت الأخ لا ترثان مع أخوتها فلا ترثان منفردتين كالاجنبيات وذلك لأن انضمام الأخ إليهما يؤكدهما ويقويهما بدليل أن بنات الابن والأخوات من الأب يعصبن أخوهن فيما بقي بعد ميراث البنات والأخوات من الابوين ولا يرثن منفردات فإذا لم يرث هاتان مع أخيها فمع عدمه أولى ولأن الموارث إنما ثبتت نصاً ولا بص في هؤلاء

ولنا قول الله تعالى (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) أي أحق بالتوارث في حكم الله قال أهل العلم كان التوارث في ابتداء الإسلام بالحلف فكان الرجل يقول للرجل دمي دمك ، ومالي مالك ، تصرني وأنصرك ، ورثني وأرثك ، فيتعاقدان الحلف بينهما على ذلك فيتوارثان به دون القرابة وذلك قوله تعالى (والذين عقدت إيمانكم فآتوهم نصيبهم) ثم نسخ ذلك ، وصار التوارث بالإسلام والهجرة فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه ، وذلك قوله عز وجل (والذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) ثم نسخ ذلك بقوله تعالى (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله)

النصف والكل بنت الربم ونصح من أربعة ، وقال محمد لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثة وللأخرى الثلث ، ونصح من تسعة ، واذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات ومتى كان الأخوات أو الأخوة من واد الام فاتفق الجميع على التسوية بين ذكركم وانثاهم الا الثوري ومن امات السبب ، ثلاث بنات أخ وثلاث بني أخت ان كانا من ام فالمال بينهم على عددهم وان كانا من أب أو من ابرين فلبنت الاخ الثمان ولبني الاخت الثلث ونصح من تسعة عند المنزليين وعند محمد مثله وفي قول ابي يوسف يجعل لبني الاخت الثنتين ولبنات الاخ الثالث ، ابن وبنت أخت لابوين وابن أخت لام هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى نصح من ثمانية قول محمد كأنهما اختان من ابوين وأخت من ام فنصح من خمسة عشر فإن كان ولد الام ايضاً ابناً وابنة صححت عند جميعهم من ثمانية الا الثوري فانه يجعل لذكر من ولد لام مثل حظ الانثيين فنصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر ابناً أخت لابوين وابن وابنة أخت لاب وابنة أخت أخرى لاب في قول عامتهم من ثمانية ونصح من اثنتين وثلاثين عند من سوى وعند من فضل من ثمانية واربعين وقول محمد يدقظ ولد الاب ويتفق قوله مع قول ابي يوسف في ان المال لولد الاخت من الابوين ، ابن أخت لابوين وابن وابنة أخت لام وابنة أخت أخرى لام قول المنزليين من عشرين الثوري من ثلاثين محمد من ستين

وروى الامام احمد باسناده عن سهل بن حنيف ان رجلاً رمى رجلاً بسهم فقتله ولم يترك الا خالا فكتب فيه أبو عبيدة الى عمر فكتب اليه عمر : اني سمعت رسول الله ﷺ يقول « الخال وارث من لا وارث له » . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى المقدم عن النبي ﷺ أنه قال « الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه » أخرجه أبو داود وفي لفظ مولى من لا مولى له ، يعقل عنه ويفك عانيه ، فان قيل المراد به أن من ليس له الا خال فلا وارث له ، كما يقال الجوع زاد من لا زاد له ، والماء طيب من لا طيب له ، والصبر حيلة من لا حيلة له ، أو أنه أراد بالخال المملطان قلنا هذا فاسد لوجوه ثلاثة .

(أحدها) : أنه قال يرث ماله وفي لفظ يرثه

(والثاني) : أن الصحابة فهموا ذلك ، فكتب عمر هذا جواباً لابي عبيدة حين سأله عن ميراث

الخال وهم أحق بالفهم والصواب من غيرهم

(والثالث) أنه سماه وارثاً ، والاصل الحقيقة وقولهم ان هذا يستعمل للثني قلنا والاثبات كقولهم

ياعمد من لا عماد له ، ياسند من لا سند له ، ياذخر من لا ذخّر له .

وروى سعيد باسناده عن واسع بن حبان قال : توفي ثابت بن الدحاحة ولم يدع وارثاً ولا وصية

فرفع شأنه الى رسول الله ﷺ فدفع رسول الله ﷺ ماله الى ابن أخته أبي لبابة بن عبد المنذر ،

﴿مسئلة﴾ قال (فان كن ثلاث بنات ثلاث اخوات مفترقات فلبنت الاخت من الاب والام ثلاثة اخماس المال ولبنت الاخت من الاب الخمس ولبنت الاخت من الام الخمس)

جاء من مكان امهاتهن وكذلك ان كن ثلاث عمات مفترقات مذهب احمد وسائر المنزلة في ولد الاخوات ان المال يقسم بين الاخوات على قدر سهامهن فما اصاب كل اخت فهو لولدها والمال في مسئلتنا بين الاخوات على خمسة فيكون بين اولادهن كذلك وكذلك ان كن ثلاث عمات مفترقات لانهن اخوات الاب فيراثه بينهن كيراث الاخوات المفترقات من اخيهن وكذلك الحكم في ثلاث خالات مفترقات لانهن اخوات الام فيراثها بينهن كذلك وقدم اهل القرابة من كان لاب وام من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام الا محمد بن الحسن فانه قسم ميراث اولاد الاخوات على اعدادهم واقامهم مقام امهاتهم كأنهم اخوات

ومن مسائل ذلك ستة بنات ثلاث اخوات مفترقات المال بين الاخوات على خمسة فما اصاب كل واحدة فهو لبنتها وتصح من عشرة قول ابي يوسف المال كله لولد الابوين قول محمد لهما الثلثان

ورواه أبو عبيدة في الاموال الا أنه قال لم يخلف الا ابنة أخ له ، فنفى النبي ﷺ بيرانه لابنة أخيه ولأنه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض ، وذلك لانه ساوى الناس في الاسلام ، وزاد عليهم بالقرابة ، فكان أولى منهم ، ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصاته ، وبعد الموت بوصيته ، فأشبهه ذوي الفروض والعصبات المحجوبين اذا لم يكن من يحجبهم وحديثهم مرسل ثم يحتمل أنه لا ميراث لها مع ذوي الفروض والعصبات ، ولذلك سمي الحال وارث من لا وارث له ، أي لا يرث الا عند عدم الوارث وقولهم لا يرثان مع اخوتها قلنا لانها أقوى منها وقولهم ان الميراث انما ثبت نصاً قلنا قد ذكرنا نصوصاً في التعبد واجب معها أمكن وقد أمكن ههنا فلا يصار الى التعبد الخس.

(فصل) والرد يقدم على ميراث ذوي الارحام فتى خلف الميت عصبه أو ذا فرض من أقاربه أخذ جميع التركة ، هذا قول عامة من ورث ذوي الارحام قال الحنفي لم يختلفوا أن الرد أولى منهم إلا ماروي عن سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز أنهما ورثا الحال مع البنت فيحتمل أنها ورثاه لكونه عصبه أو مولى لثلاث يخاف الاجماع ، وقول اتبي ﷺ « الحال وارث من لا وارث له » ومن مسائل ذلك أبو أم وجدة ، المال للجدّة ، بنت ابن وبنت بنت ابن ابن أخ وابن أخت عم وعمّة بنى اخوة مفترقين لا شيء لذوي الرحم في جميع ذلك

(فصل) وكذلك المولى المعتق وعصباته يقدمون على ذوي الارحام ، وهو قول عامة من ورثهم

ولولد الام اثنتان وتصح من ستة ست بنات ست أخوات متفرقات لبنتي الاختين من الابوين الثنتان
ولولد الام الثلث وتصح من ستة وهذا قول محمد بن اخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنا
وابنتا اخت اخرى لاب وثلاثة بنين وثلاثة بنات اخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى
ومن ستين عند من فضل ومن اربعة وخمسين عند محمد فان كان معهم اربعة بنين واربع بنات
اخرى لام صحت من مائة وأربعة وأربعين عند المنزليين كلهم قول محمد كلهم اخت لابوين وست أخوات
لاب واربع عشرة اختا لام وسهم ولد الاب بينهم على تسعة فتصح من ثلاثمائة وثمانية وسبعين فان
كان ولد الاخت الابوين ابنا وابنتا صحت كذلك عند المنزليين وعند محمد كأنهما ختان لابوين
فيسقط ولد الاب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في العتات المتفرقات والحالات المتفرقات
وأولادهن كما قول في ولد الاخوات المتفرقات

(مسئلة) قال (اذا كن ثلاث بنات لثلاثة اخوة متفرقين فلبنت الاخ من الام السدس
وبالباقي لبنت الاخ من الاب والام)

هذا قول جميع المنزليين لان الاخوة المتفرقين يسقط ولد الاب منهم بولد الابوين واللاخ للام
السدس والباقي كله لللاخ الابوين ثم ما صار لكل اخ فهو لولده وكذلك الحكم في الاخوال المتفرقين
وأولادهم لان الاخوال أخوة الام ، مسائل من ذلك ست بنات ستة اخوة متفرقين لولد الام اثنتان
والباقي لولد الابوين ست بنات ثلاثة اخوة متفرقين لولد الام السدس والباقي لولد الابوين قول
محمد لولد الام الثلث ، بنت اخ لابوين وابن اخ لام وبنت اخ آخر لام ابن وبنت بنت اخ لاب وابنا
وابنتا ابن اخ لام. ثلاثة بنين وثلاث بنات بنت اخت لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزليين فان كان مكان

من الصحابة وغيرهم وقول من لا يورثهم أيضاً ، وروي عن ابن مسعود تقديمهم على المولى ، وبه قال
ابن أبي عبيدة ، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة ، وعلقمة ، والاسود ، وعبيدة ، ومبروق ، وجابر
ابن زيد ، والشامي ، والنخعي ، والقاسم بن عبد الرحمن ، وعمر بن عبد العزيز ، وميسون بن مهران ،
والاول اصح ، لقوله عليه الصلاة والسلام « الخال وارث من لا وارث له » والمولى وارث ولان المولى
يسقط وينصر أشبه العصبية من النسب .

(مسئلة) (وبورثون بالتزويل فيجعل كل وارث بمنزلة من أدلى به) فيجعل ولد البنات والاخوات
كأمهاتهم ، وبنات الاخوة ، والاعمام ، وولد الاخوة من الام كآبائهم ، والاخوال () ، والحالات ،
وابو الام كلام ، والعمات ، والعم من الام كآباء ، وعنه كلهم ثم يجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به
مذهب أبي عبد الله رحمه الله في توريث ذوي الارحام مذهب اهل التزويل وهو ان ينزل كل واحد
منهم منزلة من يمت به من الورثة فيجعل له نصيبه فان بعد وانزلوا درجة درجة حتى يصلوا إلى من

الآخ من الاب أخت كانت من ستين فإن كان معهم ابن بنت أخت من أبوين عادت الى اثنين وسبعين (فصل) بنت أخ لام وبنت ابن أخ لاب الأولى السدس والباقي ثمانية عند الميزلين ، وفي القرابة هو للأولى لأنها أقرب الى الميت بنت بنت أخ لابوين وبنت ابن أخ لابوين المال لهذه في قولهم جميعاً بنت ابن أخ لام وبنت بنت أخ لابوين وابن بنت أخ لاب الأولى السدس والباقي لثانية وقال أبو يوسف السكلي لثانية بنت أخ لام وبنت بنت أخ لاب المال للأولى الا في قول الثوري وابن سالم وضرار الأولى السدس والباقي لثانية لانهم يورثون البعيد مع القريب وإن كانا من جهة واحدة

(فصل) ابن وبنت أخت لابوين وبنتا أخ لاب وثلاثة بني أخت لاب وخمسة بني أخت لام وعشر بنات أخ لام أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسين وأربعين في قول الميزلين النصف من ذلك وين ولدي الأخت للابوين بالسوية عند من سوى وأثلاثا عند من فضل ولولدا لام اثنتان وهو مائة وعشرون ولولد الأخ تسعون ولولد الأخت تسعون ولولد الاب تسعون ولولد الأخ ستون ولولدا الأخت ثلاثون ، ثلاث بنات أخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات ولولدي الام الثلث بينهما بالسوية والباقي ولولدي الابن لبنت الأخ ثلثه ولبنت الأخت ثلثه وإن كان معهم ثلاثة بني أخوال مفترقين فلم يلد السدس لابن الحال من الام سدسه وباقيه لابن الحال من الابوين ويبقى النصف لبنت الأخ من الابوين ثلثه ولبنت الأخت ثلثه وتصح من ستة وثلاثين والحكم في ثلاثة أخوال مفترقين في قسمة ميراث الام بينهم بالحكم في ثلاثة

يتمون به فيأخذون ميراثه فإن كان واحداً أخذ المال كله وإن كانوا جماعة قسمت المال بين من يتمون به فما حصل لكل واحد جعل لمن أمت به فإن بقي من سهام المسئلة شيء رد عليهم على قدر سهامهم ، هذا قول علقمة ومسروق والشعبي والنخعي وحماد ونعيم وشريك وابن أبي ليلى والثوري وسائر من من ورثهم غير أهل القرابة ، وروي عن علي وعبد الله رضي الله عنهما أنها نزلا بنت البنت منزلة البنت وبنت الأخ منزلة الأخ ، وبنت الأخت منزلة الأخت ، والعمة منزلة الاب ، والحالة بمنزلة الام . وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والحالة . وعن علي أنه نزل العمة بمنزلة العم . وروي ذلك عن علقمة ومسروق ، وهي الرواية الثانية عن احمد وعن الثوري وأبي عبيد ، أنها نزلاها بمنزلة الجد مع ولدا الأخوة والأخوات ونزلاها آخرون بمنزلة الجدة وإنما صار هذا الاختلاف في العمة لادلائها بأربع جهات وارثات ، قلاب والعم أخواها ، والجد والجدة أبواها ، ونزل قوم الحالة جدة لأن الجدة أمها . والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا ، والحالة أم ، لوجوه ثلاثة .

(أحدها) : ما روى الزهري أن رسول الله ﷺ قال : « العمة بمنزلة الاب إذا لم يكن بينهما أب ، والحالة بمنزلة الام إذا لم يكن بينهما أم » رواه الامام احمد .

(والثاني) : انه قول عمر وعلي وعبد الله في الصحيح عنهم ولا يخالف لهم في الصحابة .

(الثالث) : ان الاب أقوى جهات العمة والام أقوى جهات الحالة فتبين تنزيلها بهما دون غيرها

اخوة مفترقين في قسم ميراثهم بينهم وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات متفرقات كنثلاث بنات اخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات متفرقات على ما ذكرنا .

(مسئلة) قال (واذ كان ثلاث بنات عمومة مفترقين فاللأل لبنت العم من الاب والام لانهن اقن مقام آبائهن)

أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة ، ولا يصح شيء من هذا لانهن بمنزلة آبائهن ولو كان آباءهن أحياء لكان المال للعم من الابوين ، وفارق بنات الاخوة لان آباءهن يكون المال بينهم على سنة ويرث الأخ من الأم مع الأخ من الابوين بخلاف العمومة وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لانها بعد درجتين بمنزلة الاب فيسقط به العم قال الخبري وليس بشيء وقد ذكر أبو الخطاب في كتاب الهداية قولاً من رأيي يفضي الى هذا فانه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام اذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لم يسقط فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمين الآخرين ، وأظن أبا

كبت الاخ وبنت العم فانها ينزلان بمنزلة أبويهما دون اخوتها ولانه إذا اجتمع لهما قرابات ولم يمكن توريثها بجميعها ورثناها باقواها كالجوس عند من لا يورثهم بجميع قراباتهم وكالاخ من الابوين فانما نورثه بالتعصيب وهي جهة أبيه دون قرابة أمه ، وأما أبو حنيفة وأصحابه فأنهم ورثوه على ترتيب المصبات ، فجعلوا أولاهم من كان من ولد الميت وإن سفلوا ثم أبويه أو أحدهما وإن سفلوا ثم ولد أبوي أبويه وإن سفلوا كذلك أبداً لا يرث بنو أب أعلى وهناك بنو أب أقرب منه وإن نزلت درجتهم . وعن أبي حنيفة أنه جعل أبا الام وإن علا أولى من ولد البات ويسمى مذهبهم مذهب أهل القرابة ولنا أنهم فرع في الميراث على غيرهم فوجب إلحاقهم بمن هم فرع له وقد ثبت أن ولد الميت من الاناث لا يسقط ولد أبيه فأولى أن لا يسقطهم ولده

(مسائل ذلك) بنت بنت وبنت بنت ابن ، المال بينهما على أربعة فإن كان معها بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة فإن كان معها خالة فلبنت البنت النصف ولبنت الابن السدس تسككة الثلثين ، والخالة السدس ، والباقي لبنت الاخ ، فإن كان مكان الخالة عمه حجت بنت الاخ وأخذت الباقي لان العممة كالأب فتسقط من هو بمنزلة الاخ ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الاخ واسقط بها العممة ومن نزلها جداً قاسم بها ابنة الاخ انثلك الباقي بينهما نصفين ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنت الاخ الباقي (المغني والشرح الكبير) (١٤) (الجزء السابع)

الخطاب لو علم افضاء هذا القول الى هذا لم يقله ولم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد ولا يختلف المذهب في أن الحكم في هذه المسئلة على ما قال الحرقى .

ومن مسائل ذلك بنت عم لابوين وبنت عم لاب المال للأولى : بنت عم لاب وبنت عم لام كذلك . بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك . بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال للأولى عند المنزليين وهولثانية عند أهل القرابة لأنها أقرب . بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال للأولى في قولهم جميعاً . بنت عم وابن عم المال لبنت العم عند الجمهور وحكى عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العم سهم ، بنت بنت عم وبنت ابن عم المال لهذه عند الجمهور وقول ابن سالم هو للأولى . بنت عم من أبوين وبنت عم من أم لبنت العم السدس ولبنت العم النصف ثم يرد عليها الباقي فيكون بينهما على أربعة . ثلاث بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال يبين على ستة فإن كان معهن بنت عم من أبوين أو أب وراثت المال دونهن

مسئلة قال (فان كن ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثالث بين الثلاث خالات على خمسة اسهم والثلاث بين الثلاث عمات على خمسة اسهم)

فتصح من خمسة عشر سهماً للخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة أسهم وللخالة التي من قبل

وفي قول أهل القرابة لا تراث بنت الاخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت الابن شيئاً .
مسئلة (فان أدلى جماعة منهم بواحد واستوت منازلهم فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم سواء ، وعنه للذكر مثل حظ الانثيين إلا ولد الام وقال الحرقى يسوى بينهم إلا الحال والحالة)
اختلفت الرواية عن أحمد في توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام اذا كانوا من أب واحد وأم واحدة فنقل الأثرم وحنبل وابراهيم بن الحارث في الحال والحالة يعطون بالسوية في جميع ذوي الارحام اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي عبيد واسحاق ونعيم بن حماد لأنهم لا يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكرهم وأنثاهم كولد الام ، ونقل يعقوب بن بختان اذا ترك ولد خالة وخالته اجعله بمنزلة الاخ والاخت للذكر مثل حظ الانثيين وكذلك ولد العم والعمة ونقل عنه المروزي فيمن ترك خاله وخالته للخال الثلثان وللخاله الثلث فظاهر هذا التفضيل وهو قول أهل العراق وعامة المنزليين لان ميراثهم معتبر بغيرهم فلا يجوز حملهم على ذوي الفروض لأنهم يأخذون المال كله ولا على العصبه البعيد لان ذكرهم ينفرد بالميراث دون الاناث فوجب اعتبارهم بالقرب من العصبات والاخوة والاخوات

ويجاب عن هذا بانهم معتبرون بولد الام وإنما يأخذون كل المال بالفرض والرد وانفق الجميع على التسوية بين ولد الام لان أباهم يسوي ذكرهم وأنثاهم الا في قول من أمات السبب فان عنده للذكر مثل حظ الانثيين فأما الذي نقل عنه الحرقى أنه يسوى بين الجميع إلا الحال والحالة قال شيخنا

الاب سهم وللخاله التي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة أسهم وللعمة التي من قبل الاب سهمان وللعمة التي قبل الام سهمان، إنما كان كذلك لان الحالات بمنزلة الام والعمات بمنزلة الاب فكان الميت خلف أباه وأمه فلان له الثلث والباقي لايه ثم ما صار للام بين أخواتها على خمسة لانهن أخوات لها متفرقات فيقسم نصيبها يثنى بالفرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين أخواته المتفرقات وما صار للاب قسم بين أخواته على خمسة فصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداً من تجزيه عن الاخرى لانهما عددان متماثلان فتضرب خمسة في أصل المسئلة وهو ثلاثة فصارت خمسة عشر كما ذكر للحالات سهم في خمسة مقسومة يثنى كما ذكر والعمات سهمان في خمسة تكن عشرة يثنى على خمسة كما ذكر أيضاً وهذا قول عامة المنزليين ، وعند أهل القرابة للعمة من الابوين الثلثان وللخاله من الابوين الثلث وسقط سائرهن ، وقال نعم وإسحاق الحالات كلهن سواء فيكون نصيبهن يثنى على ثلاثة وكذلك نصيب العمات يثنى على ثلاثة يتساوين فيه فتكون هذه المسئلة عندهما من تسعة ، فان كان مع الحالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسم كل واحد من الفريقين يثنى على ستة ، وتصح من ثمانية عشر سهماً عند المنزليين. ثلاثة أخوال مفترقين معهم أخواتهم وعم وعمه من أم الثلث بين الاخوال والحالات على ستة ، للخال والخاله من الام ثلاثة بينهما بالسوية وثلثاه للخال والخاله من الابوين بينهما على ثلاثة عند من فضل وهو قول أكثر المنزليين وإحدى الروايتين عن احمد وذكرها

فلا أعلم له موافقاً على هذا القول ولا علمت وجه الخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد فاما إذا اختلف أبؤم وأمهاتهم كالأخوال والحالات المفترقين والعمات المفترقات أو إذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر كابن بنت وبنت بنت أخرى فلذلك موضع يذكر فيه ان شاء الله تعالى

(مسائل ذلك) ابن أخت معه أخته وابن بنت معه أخته المال بينهما نصفين عند من سوى وعند أهل القرابة وسائر المنزليين المال بينهما على ثلاثة: ابناً وابنتاً أخت لابوين وثلاث بنات وأخت لاب وأربع بنات وأربع بنات أخت لام أصل المسئلة من خمسة للاخت من الابوين ثلاثة بين ولدها على أربعة وللأخت من الاب سهم بين ولدها على ستة والأخت من الام سهم بين ولدها على ثمانية والأربعة داخلة فيها والستة توافقها بالنصف فتضرب نصفها في ثمانية تكن أربعة وعشرين ثم في خمسة تكن مائة وعشرين ومن فضل ابقى ولد الام بحالم وجمل ولد الأخت من الابوين ستة توافقهم سهامهم بالثالث فيرجعون الى اثنين فيدخلان في الثمانية وولد الأخت من الاب تسعة تضربها في ثمانية تكن اثنين وسبعين ثم في خمسة تكن ثلاثاً وستين، وان كانوا أولاد عمات أو أخالات مفترقات فذلك وان كانوا أولاد بنات أو أولاد أخوات من أبوين أو من أب فهي من اثنين وسبعين عند من سوى ومن مائة وثمانية عند من فضل وقول أهل العراق هي من سبعة وعشرين كأولاد البنين

(فصل) إذا كان معك أولاد بنات أو أخوات قسمت المال بين أمهاتهن على عددهن فلا أصاب

الحرق في الحال والحالة خاصة دون سائر ذوي الارحام ، والرواية الاخرى هو بينهما على السوية والثلاث بين العم والعمة بالسوية . ثلاث عمات وثلاث بنات عم وثلاث خالات وثلاثة بنات خالات الميراث للعمات والخالات ويسقط الباقي فيكون للخالات الثلث والباقي للعمات ، فان كان معهم ثلاث بنات اخوة فللخالات السدس والباقي للعمات لانهن بمنزلة الاب فيسقط بهن بنات الاخوة لانهن بمنزلة الاخوة ، ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العمات لانهم أولاد بنيه والعمات أخواته ، ووجه هذا الاحتمال اننا إذا جعلنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ما تقرر من أصلنا أن البعيد والقريب إذا كانا من جهتين زل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب او لم يسقط لزم منه سقوط ولد الاخوة ببنات العم من الام لانهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن بينات العمات وبنات الاعمام كاهم ، فاما ان كان مكان العمات والخالات بناتهن فللخالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة ، لبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين ، ونصح المسئلة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من أبوين ولا من أب قالباقي لبنت العم من الابوين

(فصل) خالة وابن عمه للخالة الثلث والباقي لابن العمه وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع القريب ، وفي قول أكثر المنزليين وأهل القرابة المال للخالة لانها أقرب ، وكذلك ان كان مكان

كل واحدة منهم فهو لولدها بالسوية عند من سوى وعند من فضل جله بينهم على حسب ميراثهم واختلف أصحاب أبي حنيفة فذهب أبو يوسف الى قسم المال على عددهم دون مراعاة أمهاتهم اذا استوا ممن يدلون به من الآباء والامهات الى بنات الميت للذكر مثل حظ الانثيين كاولاد البنين ، وجعل محمد بن الحسن من أدلى بآبائنا وان كان انثى ومن أدلى ببنت بنتنا وان كان ذكرا وجعل المدلى بهم بعدد المدلين ثم قسم بينهم على عددهم فما أصاب ولد الابن قسمه بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وما أصاب ولد الانثى قسمه بينهم كذلك

(مسائل) من ذلك بنت ابن بنت وابن بنت بنت بنت قول من سوى المال بينهما نصفين وقول من فضل ان كانا من ولد بنين فكذلك وان كانا من ولد بنت واحدة فالمال بين ابنتها وبنتها الابن ثلثاه ولبناتها ثلثه فما أصاب ابنتها فهو لبنته وما أصاب بنتها فهو لابنتها فيصير للبنت سهمان وللابن سهم وكذلك قول محمد وقول أبي يوسف للابن سهمان وللبنات سهم كبن الميت وبنته : ابنا بنت بنت وابن ابن بنت قول من سوى لابن ابن البنت النصف والباقي بين الباقيين على ثلاثة سواء كانوا من ولد بنت أو من ولد بنين وقول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فللابن ابن البنت النصف والنصف الآخرين الباقيين على خمسة وان كانوا من ولد بنت فللابن ابن البنت الثلثان والثلث الباقي للباقيين على خمسة لان المال كان للبنت الاولى فقسم بين ابنتها وبنتها اثلاثاً للابن سهمان فهما لابنته وللبنات سهم فهو لولدها قول محمد يقسم بينهم على

الحالة خال: عمة وابن خال معه اخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوها خالا من أم، وان كان من أب أو من ابوين ففيه روايتان (احداها) هو بينهما بالسوية أيضا (والثانية) على ثلاثة والباقي للعممة وعند أكثر الفرضيين المال للعممة: بنت عم وابن عمة وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت الخال وابن الخالة بالسوية ان كانا من أم. وان كانا من أبوين أو من أب فهل هو بينهما بالسوية أو على ثلاثة؟ فيه روايتان، وان كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلا بين الخالة سدس الثلث والباقي لبنت الخال، وإن كانت بنت الخال من أم وابن الخالة من أب فالثلث بينهما على أربعة والباقي لابن العم. وعند أكثر المنزليين المال كله لبنت العم لانها أسبق الى الوارث: خالة وبنت عم ثلث وثنان وعند أهل القرابة هو الخالة: عمة وبنت عم من نزل العممة أبا جعل المال لها ومن نزلها عما جعل المال بينهما نصفين وكذلك من أمات الأب. بنت ابن عم لأب وبنت عمة لابوين المال لبنت ابن العم: ابن خالة من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من أم وابن عم من أب الثلث من أربعة والثلاثان من أربعة أيضا ونصح من اثني عشر، وفي القرابة الثلث لبنت الخالة والثلاثان لابن العممة ونصح من ثلاثة (فصل) خال وخالة وأبو أم المال لأبي الام فان كان معهم ابنة عم أو عمة فالثلث لأبي الام والباقي لابنة العم أو العممة وان كان مكان أبي الام أم، فلا شيء لها لان الخالة أسبق الى الوارث والجهة واحدة: خالة وأبو أم المال للخالة لانها بمنزلة لام وهي تسقط أم الام: ابن خال وابن أخ من أم

خمس لابن الابن سهمان لانه يدلي بابن والباقي ثلثة لانهم يدلون بأنني وقول أبي يوسف يقسم بينهم على سبعة لكل ابن سهمان وللبنت سهم. ابنا بنت بنت وبنتا ابن بنت قول من سوى المال بينهم على أربعة بكل حال قول المفضلين ان كانوا من ولد بنتين فكذلك وان كانوا من ولد واحدة فلا بينهما الثلثان بين ابنتيه ولا بينهما الثلث بين ابنتيه قول أبي يوسف المال بينهم على ستة لكل ذكر سهمان ولكل انثى سهم قول محمد لكل ذكر سهم ولكل انثى سهمان. ابنا وابنتا ابن أخت وثلاثة بني وثلاث بنات بنت أخت قول من سوى النصف بين الاولين على أربعة والنصف الثاني بين الآخرين على ستة ونصح من أربعة وعشرين. قول من فضل ان كانوا من ولد واحدة فللأوليين الثلثان سهم على ستة وللآخرين الثلث سهم على تسعة ونصح من أربعة وخمسين، وان كانوا من ولد ابنتين صحت من ستة وثلاثين، قول أبي يوسف للذكر مثل حظ الانثيين ونصح من خمسة عشر وقول محمد ولد ابن الاخت بمنزلة أربعة ذكور وولد بنت الاخت كست اثنا فيقسم المال بينهم على أربعة عشر فلولد ابن الاخت منها ثمانية أسهم بينهم على ستة وللآخرين ستة بينهم على تسعة ونصح من اثنين وأربعين وترجم بالاختصار الى أحد وعشرين: ابنتا أخ وابن وابنة أخت لابنتي الاخ الثلثان في قول المنزليين جميعهم وقول محمد والثلث لولدي الاخت بينهما بالسوية عند من سوى ومن فضل جعله بينهما أنلاثا وهو قول محمد وقال أبو يوسف لابن الاخت سهمان ولكل واحد من الباقي سهم ونصح من خمسة

العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة أو أحد من أولادهما فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فإنه يورثهم ويسقط ولد الاخوات ، ويقضيه قول أبي الخطاب : خالة وعمة وثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات لخالة السدس والباقي للعمة ومن نزلها عما فلبتي الاخت من الابوين النصف ولبتي الاخت من الاب السدس ولبتي الاخت من الام السدس فان كن بذات ستة أخوات مفترقات عالت على هذا إلى سبعة

(فصل في ميراث الابوين وأخوالهما وخالاتهما) مذهبنا ما تقدم من تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يالحق بإرثه إن كانا من جهتين ثم يجعل لمن بدلي به ما كان له وأكبر المنزلة يعطون الميراث الأسبق بكل حال ، والمشهور عن أهل العراق أن نصيب الام بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب لاب بين عماته وخالاتها كذلك . ومن مسائل ذلك ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات لخالات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكرن المال بين هاتين الجديتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة وتسقط عمات الام لأنهن بمنزلة أب الام وهو غير وارث ، فان كان معهم عمات أب فله خالات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لأنهن بمنزلة الجد : عمه أب وعمه أم لعمة الام الثلث والباقي لعمة الاب ، هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق ، وقال القاضي المال لعمة الاب لأنها أسبق

لا خلاف بين المنزلةين في أن لولد كل اخت ميراثها وهو النصف فمن سوى جعل النصف بين الاخت واخته نصفين والنصف الآخر لبنت الاخرى وتصح من أربعة ، ومن فضل جعل النصف بينهما على ثلاثة وتصح من ستة وقال أبو يوسف للابن النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة وقال محمد لولد الاخت الاولى الثلثان بينهما على ثلاثة والاخرى اثنتان وتصح من تسعة وإذا انفرد ولد كل أخ أو أخت فالعمل فيه على ما ذكرنا في أولاد البنات ، ومتى كان الاخوات والاخوة من ولد الام فاتفق الجميع على التسوية بين ذكرهم وأنثاهم إلا اثوري ومن أمات السبب : ثلاث بنات أخ وثلاثة بنات اخت إن كانا من أم فالمال بينهم على عددهم وإن كانا من أب أو من أبوين فلبنت الأخ الثلثان ولبني الاخت الثلث وتصح من تسعة عند المنزلةين ومحمد وفي قول أبي يوسف يجعل لبني الاخت الثلثين ولبنات الاخ الثلث : ابن وبنت اخت لابوين وابن اخت لام هي من أربعة عند من فضل وعند من سوى تصح من ثمانية ، قول محمد كأنهما أختان من أبوين واخت من أم وتصح من خمسة عشر فان كان ولد الام أيضاً ابناً وابنة صحت عند جميعهم من ثمانية إلا اثوري فإنه يجعل للذكر من ولد الام مثل حظ الانثيين فتصح عنده من اثني عشر وعند محمد هي من ثمانية عشر : ابنا اخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنا اخت اخرى لاب من ثمانية في قول حاتمهم وتصح من اثنين وثلاثين عند من سوى ، وعند من فضل من ثمانية وأربعين ، وقول محمد يسقط ولد الاب ويتفق قوله وقول أبي يوسف في أن المال لابن

لأنها أخت الجد وهو وارث وهذا قول أكثر المذايبي لأنهم يورثون الأسبق بكل حال . خالة أم وعمه
 أب لخالة السدس والبقية لعمها لأنهما كجدة وجدة وكذلك القول في خالة أب وعمه؛ خالة أم وخالة
 أم أب للمال لخالة لأنهما بمنزلة أم أم وأم أم أب؛ خال أب وعم أم المال للخال لأنه بمنزلة جدة
 والجدة بمنزلة الأمهات؛ بنت خال أم وبنت عم أب لبنت الخال السدس وبنت العم ما بقي ومن
 ورث لأسبق جهل الكل لبنت العم . أبو أبي أم وأبو أم أب المال لأبي أم الأب فان كان معهما أبو
 أم أم فهو بينهما نصفين لأنهما بمنزلة جدتين متحاذيتين . أبو أم أبي أم وأبو أبي أم أم المال لهذا لأنه
 أسبق فان كان معهما أبو أم أبي أم فالمال له لأنه بأول درجة يلقي الوارث . أب وأم أبي أم لام أبي الأم اثنتان
 والباقي للأب فان كان معهما أبو أم أم فالمال له لأنه يدلي بوارث فان كان معهم أبو أم أب فالمال
 بين هذا والذي قبله نصفين

(فصل) وإذا كان لذي الرحم قرابتان ورث بهما بإجماع من المورثين لهم إلا شيئاً يحكي عن أبي
 يوسف أنهم لا يرثون إلا قرابة واحدة وليس بصحيح عنه ولا صحيح في نفسه لأنه شخص له جنتان
 لا يرجع بهما فورث بهما كالزوج إذا كان ابن عم وابن العم إذا كان أخاً من أم ، وحساب ذلك أن نجعل
 ذا القرابتين كشخص فتقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى
 للابن الثمان وللبنت اثنتان فان كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولاخته الربع ومن

الاخت من الابوين: ابن اخت لابوين وابن وابنة اخت لام وابنة وابنتا أخت أخرى لام قول المذايبي
 من عشرين اثوري من ثلاثين محمد من ستين

(فصل) ثلاث بنات ثلاث أخوات مفترقات مذهب أحمد وسائر المذايبي أن المال يقسم بين
 الأخوات على قدر سهامهن فما أصاب كل اخت فهو لولدها والمال في هذه المسئلة بين الأخوات على
 على خمسة فيكون بين أولادهن كذلك، والحكم في ثلاث بنات عمات مفترقات كذلك لأنهن أخوات
 الأب فيرأيه يبينهن على خمسة، وكذلك ثلاث خالات مفترقات لأنهن أخوات الأم وقدم أهل القرابة
 من كان لاب وأم من جميعهم ثم من كان لاب ثم من كان لام إلا محمد بن الحسن فإنه قسم ميراث أولاد
 الأخوات على أعدادهم وأقامهم مقام أمهاتهم كأنهم أخوات

(مسائل) من ذلك ست بنات ثلاث أخوات مفترقات المال بين الأخوات على خمسة فما أصاب
 كل واحدة فهو لبنيتها وتصح من عشرة وعند أبي يوسف المال كله لولد الابوين وعند محمد لهما الثلثان
 ولولد الأم الثلث وتصح من ستة : ست بنات ست أخوات مفترقات لبنتي الاختين من الابوين الثلثان
 ولولد الأم الثلث وتصح من ستة هذا قول محمد . ابن أخت لابوين وابن وابنة اخت لاب وابنة وابنتا
 اخت أخرى لاب وثلاثة بنات وثلاث بنات اخت لام هي من مائة وعشرين عند من سوى ومن ستين
 عند من فضل ومن أربعة وخمسين عند محمد ، فان كان معهم أربعة بنات واربع بنات اخت أخرى لام

فضل جعل له النصف والثالث ولاخه السدس وهذا قول أكثر المتزايين وقول أبي حنيفة ومحمد وقياس
قول أبي يوسف له أربعة أخماس المال ولاخه الخمس: بنتا أخت من أم أحدهما بنت أخ من أب
وبنت أخت من أبيين هي من اثني عشر ستة لبنت الأخت من الابن وأربعة للبنت القرايتين من
جدة ابنتها ولها سهم من جهة أمها وللأخرى سهم: عمتان من أب أحدهما خالة من أم وخالة من أبيين
هي من اثني عشر أيضاً للبنت القرايتين خمسة وللعممة الأخرى أربعة وللخالة من الابن ثلاثة فإن
كان معهما عم من أم هو خال من أب صحت من تسعين: ابن وبنت ابن عم من أم البنت هي بنت
عم من أم والعم هو خال من أب: ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من
أب والخالان عمان من أم هي من ثمانية عشر

(مسائل شتى) يعني متفرقة فإنها مسائل من أبواب متفرقة قال شتى وشتان وقال الله تعالى
(نحسبهم جميعاً وقلوبهم شتى) وتال تعالى (ان سعيكم لشتى) وقال الشاعر:
قد عشت في الزمان أطواراً على طرق شتى وقاسيت فيها القين والفظما

(مسئلة) قال (والخثي المشكل يرث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى فإذا بال
من حيث يبول الرجل فليس بمشكل وحكمه في الميراث وغيره حكم رجل وإن بال من
حيث تبول المرأة فله حكم امرأة)

صحت من ثمانية وأربعة وأربعين عند المتزايين كلهم، قول محمد كأنهم اخت لابوين وست اخوات لاب
واربع عشرة اختاً لام سهم ولد الاب ينهم على تسعة فتصح من ثمانية وعشرين، فإن كان ولد
الاخت من الابوين ابناً وبنتاً صحت كذلك عند المتزايين وعند محمد كأنهما اختان لابوين فيسقط ولد
الاب وتصح من مائة وستة وعشرين والقول في البات المتفرقات والحالات المتفرقات وأولادهن كالقول
في ولد الاخوات المتفرقات

(فصل) فإن كن ثلاث بنات ثلاث اخوة مفرقين فلبنت الاخ من الام السدس والباقي لبنت
الأخ من الابوين هذا قول جميع المتزايين لان الاخوة المفرقين يسقط ولد الاب منهم ولد الابوين
وللاخ للام السدس والباقي كله للاخ لابوين، ثم ما صار لكل اخ فهو لولده وكذلك الحكم في
الاخوال المفرقين لانهم اخوة الام

(مسائل) من ذلك ست بنات ستة اخوة مفرقين لولد الام الثلث والباقي لولد الابوين: ست
بنات ثلاثة اخوة مفرقين لولد الام السدس والباقي لولد الابوين قول محمد لولد الام الثلث: بنت اخ
لابوين وابن اخ لام وبنت اخ آخر لام، ابن وبنت بنت اخ لاب وابنا وابنتا ابن اخ لام وثلاث بنى
(المغني والشرح الكبير) (١٥) (الجزء السابع)

الخثى هو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وبه قسم إلى مشكل وغير مشكل فالذي يتبين فيه علامات الذكورية أو لا يوثق فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في أرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علامته فيه ويعتبر بماله في قول من باعنا قوله من أهل العلم، قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخثى يورث من حيث يبول أن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث يبول المرأة فهو امرأة، وعن روي عنه ذلك علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأمل الكوفة وسائر أهل العلم.

قال ابن البان روى الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من ابن يورث؟ قال من حيث يبول وروي أنه عليه السلام أنه يخشى من الانصار فقال «ورثوه من أول ما يبول منه» ولأن خروج البول أهم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر الدلائل إنما يوجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وتلك الثدي وخروج المني والحيض والحبل وإن بال منها جميعاً اعتبرنا أسبقها نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه قال الجمهور فإن خرجاً معاً ولم يسبق أحدهما فقال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم يرث من المكان الذي ينزل منه أكثر وحكي هذا عن الأوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يعتبره أصحاب الشافعي رضي الله عنه في أحد الوجهين

وثلاث بنات بنت أخ لام تصح من اثنين وسبعين عند المنزلة، فإن كان مكان الأخ من اب اخت كانت من ستين فإن كان معهم ابن بنت اخت من ابوين عادت إلى اثنين وسبعين (فصل) بنت أخ لام وبنت ابن أخ لاب للأولى السدس والباقي للثانية عند المنزلة وفي القرابة هي للأولى لأنها أقرب إلى الميت. بنت بنت أخ لابوين وبنت ابن أخ لابوين المال لهذه في قول الجميع: بنت ابن أخ لام وبنت بنت أخ لابوين وابن بنت أخ لاب الأولى السدس والباقي للثانية، وقال أبو يوسف السكك للثانية: بنت أخ لام وبنت بنت أخ لاب الأولى السدس والباقي للثانية، ابن وبنت للأولى السدس والباقي للثانية لأنهم يورثون البعيد مع القريب، وإن كانا من جهة واحدة: ابن وبنت اخت لابوين وبنت أخ لاب وثلاثة بني اخت لأب وخمس بني اخت لام وعشر بنات أخ لام أصلها من ثمانية عشر وتصح من خمسمائة وأربعين في قول المنزلة النصف من ذلك بين ولدي الاخت لابوين بالهوية عند من سوى وأثلاثاً عند من فضل ولولد الأم الثلث وهومائة وثمانون ولولد الأخ تسعون ولولد الاخت تسعون ولولد الأب تسعون ولولد الأخ ستون. ولولد الاخت ثلاثون: ثلاث بنات أخوة مفترقين وثلاث بنات أخوات مفترقات ولولدي الأم الثالث بينهما بالسوية والباقي لولدي الابوين لبنت الأخ ثلاثاً ولبنت الاخت ثلثة وإن كان معهم ثلاث بني أخوال مفترقين فلهم السدس لابن الحال من الأم سدسه

ولنا انها مزية لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالمسبق فان استويا فهو حينئذ مشكل فان مات له من يرثه
نقال الجمهور بوقف الامر حتى يبلغ فيدين فيه علامات الرجل من نبات اللحية وخروج المني من
ذكره وكونه مني رجل ، أو علامات النساء من الحيض والحبل وتلك التدين نص عليه أحمد في رواية
الميموني وحكي عن علي والحسن أنها قالوا تعد اضلاعه فان اضلاع المرأة اكثر من اضلاع الرجل
بضام ، قال ابن ابيان فلو صح هذا لما أشكل حاله ولما احتيج الى مراعاة المبال ، وقال جابر بن زيد
يؤتى الى جنب خائط فان بال عليه فهو رجل وان شلل بين تخديه فهو امرأة وليس على هذا تعويل
والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى وانه يوقف أمره مادام صغيراً فان احتيج الى قسم الميراث
اعطى هو ومن معه اليقين ووقف الباقي الى حين بلوغه فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه انثى وتدفع
الى كل وارث أقل النصيبين وتقف الباقي حتى يبلغ ، فان مات قبل بلوغه أو بلغ مشكلاً فلم تظهر فيه علامة
ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى نص عليه أحمد وهذا قول ابن عباس والشعبي وابن أبي
إيلي وأهل المدينة ومكة والثوري والأوزاعي وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم
وضرار ابن مرد ونعيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأبوابه وأحالاته واعطى الباقي لساير الورثة واعطاه
الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا ، وبه قال أبو ثور ودأرد وابن جرير
ورثه بعض أهل البصرة على الاعرى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالاعرى من أصل المال وفيه
أقوال شاذة سوى هذه.

وباقية لابن الخال من الابوين ويبقى النصف لبنت الأخ من الابوين ثلثا ولبنت الاخت ثلثه
وتصح من ستة وثلاثين .

(مسئلة) (وان اختلفت منازلهم من المسدلى به جعلته كالكاتب وقسمت نصيبه بينهم على ذلك
كثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات فالثلاث بين الخالات على خمسة والثلاثان بين العمات
كذلك فاجتزأ باحداها واضربها في ثلاثة تكن خمسة عشر للخالة التي من قبل الاب والام ثلاثة
اسهم وللخالة التي من قبل الاب سهم ولتي من قبل الام سهم وللعمة التي من قبل الاب والام ستة اسهم
ولتي من قبل الاب سهمان ولتي من قبل الام سهمان ، انما كان كذلك لان الخالات بمنزلة الام والعمات
بمنزلة الاب فكان الميت خاف اباه وامه فلامه الثالث والباقي الاب فما صار للام بين اخواتها على خمسة
لانهن اخوات لها مفترقات فيقسم نصيبها بينهن بالعرض والرد على خمسة كما يقسم مال الميت بين اخواته
المفترقات ، وما صار للاب قسم بين اخواته على خمسة فنصار الكسر في الموضعين على خمسة واحداها
تجزئ عن الاخرى لانهما عددان متماثلان ، فتضرب احداها في اصل المسئلة وهي ثلاثة تكن خمسة
عشر ، فللخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن كما ذكر وللعمات سهمان في خمسة مقسومة بينهن على
خمسة كما ذكر وهذا قول عامة المازليين وعند أهل القرابة للعممة من الابوين الثلثان وللخالة من الابوين

ولنا قول ابن عباس ولم نعرف له في الصحابة منكرًا ولأن حالتيه تساوتا فوجبت التسمية بين حكميهما كما لو تداعى نفسان دارا بأيديهما ولا يئنة لهما، وليس تورثه بأسوأ أحواله بأولى من تورث من معه بذلك فتخصيصه بهذا تحكم لا دليل عليه ولا سبيل إلى الوقف لأنه لا غاية له تنتظر وفيه تضيق المال مع يقين استحقاقهم له

(فصل) واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى في كيفية تورثهم فذهب أكثرهم إلى أن يجعلوا مرة ذكورا ومرة إناثا وتعمل المسئلة على هذا مرة وعلى هذا مرة ثم تضرب أحدهما في الأخرى أن تبايتا أو في وقفا أن اتفقتا وتجتزى. بأحدهما أن تماثلنا أو بأكثرهما أن تناسبتا فتضربهما في اثنين ثم تجمع ما لكل واحد منهما أن تماثلنا وتضرب ما لكل واحد منهما في الأخرى أن تبايتا أو في وقفا أن اتفقتا فتدفعه إليه ويسمى هذا مذهب المنزلين وهو اختيار أصحابنا وذهب الثوري والشافعي في الولد إذا كان فيهم خشي إلى أن يجعل الأنثى سهمين وللخشي ثلاثة ولذكر أربعة وذلك لأننا نجعل للأنثى أقل عدله نصف وهو اثنان ولذكر ضعف ذلك أربعة وللخشي نصفهما وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهذا قول لأبى به وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع ويخالفه في بعضها ويبان اختلافهما أننا لو قدرنا ابنا وبنتا وولدا وخشي لكانت المسئلة على هذا القول من تسعة للخشي اثنان وهو ثلاثة وعلى القول الأول

الثلاث وسقط سائرهن، وقال نعيم وإسحاق الحلات كاهن سواء فيكون لصديقين بينهما على ثلاثة وكذلك نصيب العمت بينهما على ثلاثة يتساوين فيه فتسكون هذه المسئلة من تسعة، فإن كان مع الحلات خال من أم ومع العمت عم من أم قسم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة ونصف من عمانية عشر عند المنزلين (مسئلة) (فإن خلف ثلاثة أخوال مفترقين فلا خال من الأم السدس والباقي للخال من الأبوين) كما لو خلف ثلاثة أخوة مفترقين ويسقط الخال من الأب كما يسقط الأخ من الأب في الأخوة المفترقين بالأخ من الأبوين، وكذلك ثلاثة أخوال مفترقين مع ثلاث خالات مفترقات كثلاث بنات أخوة مفترقين مع ثلاث بنات أخوات مفترقات كما ذكر

(مسئلة) (فإن كان معهم أبو أم أسقطهم) كما يسقط الأب الأخوة وأولادهم

(فصل) ثلاثة أخوال مفترقين معهم أخواتهم وعم وعممة من أم الثلاث بين الأخوال والحالات على ستة للخال والحالة من الأم الثلاث بينهما بالسوية وثلاثة للخال والحالة من الأبوين بينهما على ثلاثة، وعند من فضل وهو قول أكثر المنزلين وأحدى الروايتين عن أحمد وذكرها الحرق في الحال والحالة خاصة والرواية الأخرى هو بينهما على السوية، والثلاثان بين العم والعمة بالسوية : ثلاث عمات وثلاث بنات عم، وثلاث خالات، وثلاثة بنات خال، الميراث للعمات والحالات ويسقط الباقي ويكون للحالات الثلث والباقي للعمات، فإن كان معهم ثلاث بنات أخوة فلا حالات السدس والباقي للعمات لأنهن بمنزلة الأب

مسئلة المذكورية من خمسة والانثوية من أربعة تضرب إحداها في الاخرى تكن عشرين ثم في اثنين
تكن أربعين للبنت سهم في خمسة وسهم في أربعة يكن لها تسعة ، ولذكر ثمانية عشر ولاخنثى سهم في
خمسة وسهمان في أربعة يكن له ثلاثة عشر وهي دون ثلث الاربعين ، وقول من ورثة بالدعوى فيما بقي
بعد اليقين يوافق قول المنزليين في أكثر المواضع فانه يقول في هذه المسئلة لذكر الحسن يقيين وهي
سنة عشر من أربعين وهو يدعي النصف من عشرين ولبنت الحسن يقيين وهي تدعي الربع ولاخنثى
الربع يقيين وهو يدعي الخمسين ستة عشر ، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها
ثلاثة مع العشرة التي معه صارت له ثلاثة عشر ، والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها سهمين صار له ثمانية
عشر والبنت تدعي سهمين فتدفع اليها سهمها صار لها تسعة ، وقد ورثه قوم بالدعوى من أصل المال
فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسئلة من ثلاثة وعشرين لأن المدعى ههنا نصف وربع وخمسان
ومخرجها عشرون يسقط الابن النصف عشرة وللبنت خمسة والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين ، فان
لم يكن في المسئلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال
وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة ولاخنثى خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا اليقين
وان كانت بنت وولد خنثى ولا عصبة معها فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل
وان كان معها عصبة فهي من ستة ولاخنثى ثلاثة وللبنت سهمان والعصبة سهم في الاقوال الثلاثة ، فان

فيسقط منهن بنات الاخوة لانهن بمنزلة الاخوة ويحتمل أن يجعل أولاد الاخوة والاخوات من جهة
الابوة فيقدم ولد الابوين وولد الاب على العات لانهن أولاد بنيه والعات أخواته ، ووجه هذا الاحتمال
أنا اذا جماعنا الاخوة جهة والابوة جهة أخرى مع ما تقرر من أصلنا أن البعيد والقريب اذا كانا من
جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا لزم منه سقوط بنات الاخوة بينات المم
من الام لانهن من جهة الاب ويلزم من هذا أن يسقطن بينات العات وبنات الاعمام كلهم ، فاما ان كان
مكان العات والحالات بناتهن فللحالات السدس بين بناتهن على خمسة والباقي لبنات الاخوة لبنت الاخ
من الام السدس والباقي لبنت الاخ من الابوين ، وتصح المسئلة من ثلاثين فان لم يكن بنات اخوة من
أبوين ولا من أب فالباقي لبنت المم من الابوين .

(فصل) خاة وابن عمه للخالة الثلث والباقي لابن عمته ، وهذا قول الثوري ومن ورث البعيد مع
القريب ، وفي قول أكثر المنزليين وأهل القرابة : المال للخالة لانها أقرب وكذلك ان كان مكان الحالة
خال . عمه وابن خال معه أخته الثلث بين ابن الخال وأخته بالسوية ان كان أبوهما خلا من أم وإن
كان من أب أو من أبوين ففيه روايتان (أحدهما) هو بينهما بالسوية أيضاً (والثانية) على ثلاثة
والباقي للعممة وعند أكثر الفرضيين المال للعممة : بنت عم وابن عمه وبنت خال وابن خالة الثلث بين بنت
الحال وابن الخالة بالسوية إن كانا من أم وإن كانا من أبوين أو من أب فهل هو بالسوية أو على ثلاثة ؟

كان معهما أم وعصبة فهي في التنزيل من سنة وثلاثين للآم سنة ولخشى ستة عشر ولبنيت أحد عشر والعصبة ثلاثة ، وقيل قول الثوري أن يكون لخشى والبنت ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة ^(١) والام السدس ويقتضي نصف السدر للعصبة وتصح من متبن ^(٢) وإن كان ولد خشى وعصبة فلخشى ثلاثة أرباع المال والباقي للعصبة إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فإنه يجعل المال بينهما أثلاثا لأن الخشى تدعي المال كله ، والعصبة تدعي نصفه فتضيف النصف إلى السكل فيكون ثلاثة أنصاف لسكل نصف ثالث : بنت وولد بخشى وعم هي في التنزيل من اثني عشر ، وترجع بالاختصار إلى ستة للبنات النصف ولخشى اثلاث ولعم السدس

(١) في نسخة ثلاثة

(٢) في نسخة من

اثني عشر

(فصل) وإن كان الخشى يرث في حال دون حال كزوج وأخت وولد أب خشى فقتضي قول الثوري أن يجعل لخشى نصف ما يرثه في حال إرثه وهو نصف سهم فتضمه إلى سهام الباقي وهي ستة ثم تبسطها أنصافا ليزول السكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والأخت نصفين ، وقد عمل أبو الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهدية ، وأما في التنزيل فتصح من ثمانية وعشرين لخشى سهمان وهي نصف سبع ولسكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر ، وإن كان زوج وأم وأخوان من أم وولد أب خشى فله في حال الانوثة ثلاثة من تسعة فأجل له نصفها مضموما إلى سهام باقي المسئلة ثم تبسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة

فيه روايتان . وإن كان ابن الخالة من أم والخال من أب فلا ين الخالة سدس الثالث والباقي لبنت الخال وإن كانت بنت الخال من أم وإن الخالة من أب فالثالث بينهما على أربعة والباقي لابن الامة وعند أكثر المنزليين المال كله لبنت العم لأنه اسبق إلى الوارث : خالة وبنت عم ثلث وثلثان وعند أهل القرابة هو للخالة : عمه وبنت عم من نزل العمه أبا جعل المال لها ومن نزلها عمأ جعله بينهما نصفين وكذلك من أمات السبب : بنت ابن عم لاب وبنت عمه لابوين المال لبنت ابن العم . ابن خال من أم وبنت خالة من أب وبنت عم من أم وابن عمه من أب الثلث من أربعة والثلثان من أربعة أيضا وتصح من اثني عشر وفي القرابة الثلث لبنت الخالة والثلثان لابن العمه وتصح من ثلاثة .

(فصل) خالة وخال وأبو أم المال لابي الام فإن كان معهم ابنة عم أو عمه فالثالث لابي الام والباقي لابنة العم أو العمه فإن كان مكان ابي الام امه فلا شيء لها لأن الخالة اسبق إلى الوارث والجهة واحدة : خالة وأبو أم أم ، المال للخالة ، لأنها بمنزلة الام وهي تسقط أم الام : ابن خال وابن أخ من أم ، المال بينهما على ثلاثة كأنهما أم وأخ من أم وعند المنزليين هو لابن الاخ فإن كان معهما ابن أخت من أب فاللهم على خمسة لابن الأخت ثلاثة أخماسه ولسكل واحد منها الخمس ، فإن كان معهم بنت أخ من أبوين فلها النصف ولسكل واحد من الباقيين السدس . وعند المنزليين لا شيء لابن الخال ، والمال بين الباقيين على خمسة : خال ، وابن ابن أخت لام ، المال بينهما على ثلاثة ، وعند المنزليين هو للخال

وثلاثين وهي السدس ، وان كانت بنت وبنت ابن وولد أخ خشي وعم فهي من ستة للبنت النصف ولبنت الابن السدس والخشي السدس ولهم ما في على القولين جميعا

(فصل) وان خلف خثنين فصاعداً نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للثنتين أربعة أحوال وثلاثة ثمانية والاربعة ستة عشر والخمسة اثنين وثلاثين حالاً ثم تجمع ما لهم في الاحوال كلها فنقسمه على عدد أحوالهم فما خرج انقسم فهو لهم ان كانوا من جهة واحدة وان كانوا من جهات جمع ما لكل واحد منهم في الاحوال وقسمته على عدد الاحوال كلها فلما خرج بالقسم هو نصيبه وهذا قول ابن أبي ليل وضرار ويحيى بن آدم ، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي (والوجه الآخر) أنهم ينزلون حالين مرة ذكرراً ومرة أنثى كأنه ينقسم في واحد وهذا قول أبي يونس والارل أصح لانه يعطي كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيعدل بينهم ، وفي الوجه الآخر يعطى بعض الاحتمالات دون بعض وهذا يحكم لادبائهم عليه . بيان هذا في ولد أخ خشي وولد أخ خشي وعم إن كانا ذكرين فالملل اولد ، وإن كانا أنثيين فالملل نصف والباقي لهم نعمي من أربعة عند من نزلهم حالين لولد ثلاث ارباع المال ولهم ربه ومن نزلهم أحوالاً زاد حالين آخرين وهو أن يكون الولد ومده ذكرراً وأن يكون ولد الاخ وحده ذكرراً فتكون المدة من ثمانية لولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربه ذلك وهو ثلاثة ارباع المال ولولد الاخ نصف المال في حال فله ربهما وهو الثمن ولهم

بنت بنت أخت لابوين ، وابن ابن أخ لام ، وبنت ابن أخ لاب وبنت خالة ، لهذه السدس ، والباقي لبنت ابن الاخ . وعند المنزليين المال كله لها

(فصل) عمة وابنة أخ ، المال للعمة عند من نزلها أباً ولائبة الاخ عند من نزلها عماء ، وبينهما عند من نزلها جدّاً . بنت عم وبنت عمة وبنت أخ من أم وبنت أخ من أب ، لبنت الاخ من الام السدس ، والباقي لبنت الاخ من الاب ، فإن لم يكن بنت أخ من أب فالباقي لبنت العم ، ويحيى على قول من نزل البعيد حتى يباحق بوارثه وجعل الابوة جهة والاخوة جهة أن يسقط أولاد الاخوة فان جعل الابوة جهة والعمومة جهة أخرى أسقط بنت العم بينت العمة ، وقيل ان هذا قول ابن سالم وهو بعيد . بنت عم وبنت خال وبنت أخ من أب لبنت الخال اثناث والباقي لبنت الاخ وعند أكثر المنزليين السكل لبنت الاخ . ثلاث بنات أخوات مفترقات وثلاث بنات عمات مفترقات السدس الباقي بين بنات العمات على خمسة وتصح من ثلاثين فان كان معهم خال أو خالة أو واحد من أولادهما فله السدس ولا شيء لولد العمات إلا على قول ابن سالم وأصحابه فانه يورثهم ويسقط ولد الاخوات ويقتضيه قول أبي الخطاب . خالة وعمة وست بنات ثلاث أخوات مفترقات ، للخالة السدس والباقي للعمة ومن نزلها عماء فلبنتي الاخت من الابوين النصف ولبنتي الاخت من الاب السدس ولبنتي الاخت من الام السدس فان كن بنات ست أخوات مفترقات طالت على هذا الى سبعة

مثل ذلك وهذا أعدل، ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال الاخ النصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم اثلاثا ونصف من ستة، وكذلك الحكم في أخ خشي وولد أخ وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئا إذا كان أشي، ولو خف بنتا وولداً خشي وولد ابن خشي وعصبة فنزلها حالين جعلهما من ستة لولد الخشي ثلاثة ولبنت سهران والباقي للعم، ومن نزلها أربعة أحوال جعلها من اثني عشر وجعل لولد الابن نصف السدس ولعم سدسه وهذا أعدل الطريقين لما في الطريق الآخر من اسقاط ولد الابن مع أن احتمال توريثه كاحمال توريث العم وهكذا نصم في الثلاثة وما كان أكثر منهم، ويكفي هذا القدر من هذا الباب فإنه نادر قل ما يحتاج اليه واجتماع خشين وأكثر نادر النادر ولم يسمع بوجوده فلا حاجة إلى التطويل فيه

(فصل) وقد وجدنا في عصرنا شيئا شبيها بهذا لم يذكره الفرضيون ولم يسمعو به فانا وجدنا شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج لا ذكر ولا فرج أما أحدهما فذكر وأنه ليس له في قبله الاخوة ناتئة كالزيرة يرشح البول منها رشحاً على الدرام وأرسل اليها بسألنا عن حكمها في الصلاة والتحرز من النجاسة في هذه السنة وهي ستة عشر وستائه، وإثني شخص ليس له الا مخرج واحد فيما بين المحرمين منه ينقطع عنه يبول. وسألت من أخبرني عنه عن زيه فأخبرني أنه إنما يلبس لباس النساء وبخاطمين وبفزل معهن ويمد نفسه امرأة. وحدثت أن في بعض بلاد العجم شخصاً ليس له مخرج أصلاً لا قبل

(مسألة) (وإن خلف ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الابوين وحدها)

أكثر أهل التنزيل على هذا وهو قول أهل القرابة، وقال الثوري المال بين بنت العم من الابوين وبنت العم من الام على أربعة وقال أبو عبيد لبنت العم من الام السدس والباقي لبنت العم من الابوين كبنات الاخوة. قال شيخنا ولا يصح شيء من هذا لأنهم بمنزلة آبائهم، ولو كان آباؤهم أحياء لسكان المال للعم من الابوين، وفارق بنات الاخوة لأن آباءهم يكون المال بينهم على ستة ويرث الاخ من الام مع الاخ من الابوين بخلاف العمومة، وقيل على قياس قول محمد بن سالم المال لبنت العم من الام لأنها بمنزلة بنت عمومتها لا لبنت عمومتها، قال الخبزي وليس بشيء، وقد ذكر أبو الخطاب قولاً من رأيه يفضي إلى هذا فإنه ذكر أن الابوة جهة والعمومة جهة أخرى، وأن البعيد والقريب من ذوي الارحام إذا كانا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا، فيلزم على هذا أن تنزل بنت العم من الام حتى تلحق بالاب فيسقط بها بنتا العمسين الآخرين. وأظن أبا الخطاب لو علم انقضاء هذا القول إلى هذا لم يذهب اليه لما فيه من مخالفة الاجماع ومقتضى الدليل واسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد. قال شيخنا ولا يختلف المذهب أن الحكم في هذه المسئلة على ما ذكرنا أولاً (ومن مسائل ذلك) بنت عم لابوين وبنت عم لأب، المال الاولى. بنت عم لاب وبنت عم لأم كذلك

ولا دبر وإنما يتقايأ ما يأكله وما يشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخشى إلا أنه لا يمكن اعتباره بماله ،
فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكلى ينبغي أن يثبت له حكم الخشى المشكلى في ميراثه وأحكامه
كلها والله تعالى أعلم

مسئلة (قال (وابن الملائنة ترث أمه وعصبتها فاز خلف أما وخالا فلا أمه الثلث

وما بقي فللخال)

وجملته أن الرجل إذا لاعن امرأته ونفى ولدها وفرق الحاكم بينهما انفى ولدها عنها وانقاع تعصبيه
من جهة الملائنة فلم يرث هو ولا أحد من عصبائه وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم ويقطع التوارث
بين الزوجين ، لأنهم بين أهل العلم في هذه الجملته خلافاً ، وأما إن مات أحدكم قبل تمام الاعان من
الزوجين ورثه الآخران في قول الجمهور ، وقال الشافعي رضي الله عنه إذا كمل الزوج لعانه لم يتوارثا
وقال مالك إن مات زوج بعد اعانه فإن لاعنت المرأة لم ترث ولم تحدد ، وإن لم تلعن ورثت وحدت
وإن ماتت هي بعد إيمان زوج ورثها في قول جميعهم إلا الشافعي رضي الله عنه ، وإن تم الاعان بينهما
فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما ففيه روايتان

(أحدهما) لا يتوارثان وهو قول مالك وزفر ، وروى نحو ذلك عن الزهري وربيعة والاوزاعي
وداود لأن الاعان يقتضي التحريم المؤبد فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما كالرضاع

بنت عم لاب وبنت ابن عم لابوين كذلك : بنت ابن عم لاب وبنت عم لام المال للأولى عند المنزلة ،
وللثانية عند أهل انقراة لأنها أقرب . بنت عم لام وبنت بنت عم لابوين المال للأولى في قولهم جميعاً .
بنت عم وابن عمه المال لبنت العم عند الجمهور . وحكي عن الثوري أن لبنت العم سهمين ولابن العم سهم .
بنت بنت عم وبنت ابن عم . المال لهذه عند الجمهور ، وقول ابن سالم هو للأولى . بنت عمه من أبوين وبنت
عم من أم ، لبنت أم السدس ، ولبنت العمه النصف ويرد عليهما الباقي فيكون بينهما على أربعة . ثلاث
بنات عمات مفترقات وبنت عم من أم المال بينهما على ستة فإن كان مهن بنت عم من أبوين أو اب
ورثت المال دونهن

مسئلة (قال أدلى جماعة منهم بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم كأنهم أحياء فلا صار

لكل وارث فهو لمن أدلى به)

إذا لم يسبق بعضهم بعضاً فإن سبق بعضهم بعضاً فالسابق إلى الوارث أولى بكون بنت بنت وبنت
أخ لام المال لبنت بنت البنت لأن جدتها تسقط الأخ من الأم ، ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ
والقول الأول أولى ، وإن كانوا من جهتين نزل البعيد حتى يلحق بوارثه فيأخذ نصيبه سواء سقط

(والرواية الثانية) يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه لأن النبي ﷺ فرق بين المتلاعنين ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفرقة ، وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور . وقال أبو حنيفة وصاحباؤه إن فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثا وقعت الفرقة وانقطع التوارث لأنه وجد منهما معظم اللعان ، وإن فرق بينهما قبل ذلك لم تقع الفرقة ولم ينقطع التوارث

ولنا أنه تفرق قبل تمام اللعان فأشبهه التفريق قبل الثلاث وهذا خلاف في توارث الزوجين فأما الولد فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعة إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفرق الحاكم لأن انتهاء بينهما لا بقول الحاكم فرقت بينهما فإن لم يذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعة ولم ينقطع التوارث بينهما وقال أبو بكر : ينتفي بزوال الفراش وإن لم يذكره لأن النبي ﷺ نفي الولد عن الملاعة وألقاه بأمه ولم يذكره الرجل في لعانه ، وبحق ذلك أن الولد كان حملا في البطن فقال النبي ﷺ « انظروها فإن جاءت به أحيمر كأنه وحرمة حمش الساقين فلا إراء إلا قد كذب عليها ، وإن جاءت به بعد أجماليا خدج الساقين سابغ الالبتين فهو الذي رميت به » فأنت به على الذمت المذكورة

إذ ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول : اختلف أهل العلم في ميراث الولد المذني باللعان فروي عن أحمد فيه روايتان (إحداهما) أن عصبة أمه . قلها الأثرم وحنبلي يروى ذلك عن

القريب أو لم يسقط إذا كانوا من جهة واحدة كخالة وأم أبي أم الميراث لخالة لأنها تلقى الأم بأولى درجة ، وإن أسقط بعضهم بعضا كأم الأم والأخول فأسقط الأخوال لأن الأب يسقط الأخيرة والأخوات . وقيل عن أحمد جماعة من أصحابه في خلة وبنت خالة وبنت ابن عم خالة الثالث ولابنة ابن العم اثنتان ولا تعطي بنت الخالة شيئا

ونقل حنبلي عنه أنه قال : قال سفيان قولنا جئنا إذا كانت خلة وبنت ابن عم تعطي الخالة ثلث وبنت ابن عم اثنتين وظاهر هذا يدل على ما قلناه وهو قول الثوري ومحمد بن سالم والحسن بن صالح وقال ضرار بن سرور إن كان البعيد إذا نزل أسقط القريب فالقريب أولى وإن لم يكن يسقطه نزل البعيد حتى تلحقه بلوارث ، وقال سائر المنزلةين الأسبق إلى الوارث أولى بكل حال ولم يختلفوا فيما علمت في تقديم الأسبق إذا كانا من جهة واحدة إلا نعيا ومحمد بن سالم فأنها قالا في عمه وبنت عمه المال بينهما نصفين .

(فصل) فإن انفرد واحد من ذوي الأرحام أخذ المال كله في قول جميع من ورثهم فإن كانوا جماعة فأدلوا بشخص واحد كخالة وأم أبي أم وابن خال قلما لا لخالة لأنها تلقى الأم بأول درجة وهذا قول عامة المنزلةين إلا أنه حكى عن النخعي وشريك ويحيى بن آدم في قرابة الأم خاصة أنهم آमतوا الأم وجعلوا نصيبها لورثتها ، وبسمى قولهم قول من آमत السبب واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي

علي وابن عباس وابن عمر وبه قال الحسن وابن سيرين وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والنخعي، الحكم
وحاد والثوري والحسن بن صالح إلا أن علياً يحمل ذا السهم من ذوي الارحام أحق بمن لا سهم له ،
وقدم الرد على غيره (والرواية الثانية) ان امه عصيته فان لم تكن فعصبتها عصيته نقله أبو الحارث
ومنها وهذا قول ابن مسعود وروى نحوه عن علي ومكحول والشعبي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده ان النبي ﷺ جعل ميراث ابن الملاعة لأمه ولورثتها من بعدها . ورواه أيضاً مكحول عن
النبي ﷺ مرسل . وروى واثله بن الأسقع عن النبي ﷺ قال : تحوز المرأة ثلاثة موارث : عتيقها
وتقطيعها وولدها الذي لا عنت عليه .

وعن عبيد الله بن عبيد بن عمير قال كتبت الى صديق لي من أهل المدينة من بني زريق أسأله عن ولد
الملاعة لمن قضى به رسول الله ﷺ فنكتب إلي اني سألت فأخبرت انه قضى به لأمه ، هي بمنزلة
أبيه وأمه . رواه أبو داود ، ولانها قامت مقام أمه وأبيه في انتسابه اليها فقامت مقامها في حيازة
ميراثه ، ولان عصباء الأم أدلوا بها فلم يرثوا معها كأقارب الأب معه . وكان زيد بن ثابت يورث
من ابن الملاعة كما يورث من غير ابن الملاعة ولا يجعلها عصبية ابنها ولا عصبيتها عصيته فان كانت
أمه مولاة لقوم جعل الباقي من ميراثها لمولاه فان لم تكن مولاة جعله لبيت المال، وعن ابن عباس نحوه
وبه قال سعيد بن المسيب وعمرو وساجان بن بسار ومرو بن عبد العزيز والزهري وربيعة وأبو الزناد

الارحام فعلى قولهم يكون للخالة نصف ميراث الأم لانها أخت ، لام أبي الأم السدس لانها جدة والباقي
لابن الحال لانه ابن أخ .

ولنا أن الميراث من الميت لا من سببه ولذلك ورثنا أم أم الأم دون ابن عم الأم بغير خلاف
أيضاً في أبي أم أم وابن عم أبي أم ان المال للجد لانه أقرب، ولو كانت الأم الميتة كان وارثها ابن عم
أمها دون أبي أمها . خالة وأم أبي أم وعم أم مال للخالة وعندهم للخالة النصف وللجدة السدس والباقي للعم، فان لم
يكن فيها عم أم فالمال بين الحالة وأم أبي الأم على أربعة، فان لم يكن فيها جدة فالمال بين الحالة وعمها
نصفين . ابن خالة وابن عم أم المال لابن الحالة وعندهم لابن عم الأم
(مسألة) (والجهاز أربع الأبوة والأمومة والبنوة والاختوة)

قال شيخنا لم أعلم أحداً من أصحابنا ولا من غيرهم عدا لجهاز وبينها إلا أبا الخطاب فانه عدها خمس جهات
الأبوة والأمومة والبنوة والاختوة والعمومة، وهذا يفضي إلى أن بنت العم من الأم وبنت العم تسقط بنت العم من
الابوين . قال شيخنا ولم أعلم أحداً قال به وقد ذكر شيخنا في المغني أنه قياس قول محمد بن سالم لانها تعد درجتين
بمنزلة الأب والأب يسقط العم، وكذلك بنت العم من جهة الأب وبنت العم من جهة الأم، والصواب إذاً
أن تكون الجهات أربعة الأبوة والأمومة والبنوة والاختوة، إلا أنا إذا جعلنا الاختوة جهة أفضى إلى
إسقاط بنت الأخ وبنات الاخوات وبنوهن بنات الاعمام والجهات وهو بعيد أيضاً لأن الأخ يسقط

[illegible]

الآخرى لها الباقي بالتعصيب وإن كان مع الام عصبة لها فهل يكون الباقي لها أولاً؟ على روايتين وإن كان لها عصبات فهو لأقربهم منها على رواية الحرقى فإذا كان معها أبوها وأخوها فهو لأبيها وإن كان مكان أبيها جدها فهو بين أخيها وجدتها نصين، وإن كان معهم ابنها وهر أخوه لأمه فلا شيء لأخيها ويكون لأمه الثلث ولأخيه السدس والباقي لأخيه أو ابن أخيه، وإن خلف أمه وإخاه وأخته فلكل واحد منهم السدس والباقي لأخيه دون أخته وإن خلف ابن أخته وبنت أخته أو خاله وخالته فالباقي للذكر وإن خلف أخته وابن أخته فللاخت السدس والباقي لابن أخته وعلى الرواية الأخرى الباقي للام في هذه المواضع.

(فصل) ابن ملاعة مات وترك بنتاً وبنت ابن ومولى أمه الباقي لمولى الام في قول الجمهور وقال ابن مسعود الرد أولى من المولى فإن كان معهم أم فلها السدس وفي الباقي روايتان (إحداهما) للمولى وهو قول الأكثرين (والثانية) للام وهو قول ابن مسعود، فإن لم يكن معهم مولى فالباقي مردود عليهم في إحدى الروايتين والآخرى هو الام، فإن كان معهم أخ فلا شيء له بالفرض وله الباقي في رواية والآخرى هو للام: بنت وأخ أو ابن أخ أو خال أو أب أو أم أو غيرهم من العصبات لبنت النصف والباقي للعصبة في قول العبادلة، وإن كان معها أخ وأخت أو ابن أخ وأخته أو خال أو خالة فالباقي للذكر وحده في قولهم. وقال أبو حنيفة وأصحابه المال لبنت بالفرض والرد. وروى عن علي عليه

أيضاً. ابن أخت وابن عم لام الميراث بينهما ومن ورث الأقرب جعله لابن الاخت وهو قول أهل القرابة لأنها من ولد أبوي الميت ولان الم للام من ولد أبوي أبويه. بنت عم وبنت عم اب هو للأولى عند الجميع إلا ابن سالم ونعيم. بنت بنت بنت وام أبي ام المال بينهما على أربعة. بنت بنت بنت وابو ام اب مثلاً عندنا وعند من ورث الأقرب جعله للثاني. بنت بنت بنت ابن وعمه أو خالة. للأولى النصف في الأولى ومع الخالة لها ثلاثة أرباع المال وعند من ورث الأقرب الكل للعمه أو للخالة

(فصل) في عمات الابوين وأخوالهما وخالاتهما، مذهبتنا تقديم الأسبق إلى الوارث إن كانا من جهة واحدة وتنزيل البعيد حتى يالحق بوارثه إن كانا من جهتين. ثم يحمل لمن ألى به ما كان له وأكثر المنزلين يعطون الميراث للأسبق بكل حال، والمشهور عند أهل العراق أن نصيب الام بين خالها وخالتها وعمها وعمتها على ثلاثة ونصيب الاب بين عماته وخالاته كذلك

(ومن مسائل ذلك) ثلاث خالات أم مفترقات وثلاثة أعمام أم مفترقين وثلاث خالات أب مفترقات فخلاات الام بمنزلة أم الام وخالات الاب بمنزلة أم الاب فيكون المال بين هاتين الجديتين نصفين ونصيب كل واحدة منهما بين أخواتها على خمسة ويسقط أعمام الام لانهم بمنزلة أبي الام وهو غير وارث فإن كان معهم عمات أب فخلاات الاب والام السدس بينهما والباقي لعمات الاب لانهم بمنزلة الجد. عمه أب وعمه أم لعمه الام الثلث والباقي لعمه الاب هذا قياس المذهب وهو قول أهل العراق

على أربعة ، وإذا لم يخلف ابن الملاعة إلا ذارحم فحكمهم في ميراثه كحكمهم في ميراث غيره على ما تقدم شرحه

(فصل) وإذا قسم ميراث الملاعة ثم أكذب الملاعن نفسه لحقه الولد ونقضت القسمة وقال أبو حنيفة لا يلحق النسب بعد موته إلا أن يكونا توأمين مات أحدهما وأكذب نفسه والآخري باق فليحتمه نسب الباقي والميت ما رقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع

(فصل) ولو كان المنفي بالمعان توأمين ولهما ابن آخر من الزوج لم ينفه فمات أحد التوأمين فميراث توأمينه كيراث الآخر في قول الجمهور ، وقال مالك يرثه توأمينه ميراث ابن لابوين لأنه أخوه لابويه بدليل أن الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الآخر وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي رضي الله عنه وإنما هم توأمين لم يثبت لهما أب يتسبان إليه فأشبهها توأمين الزانية ولا خلاف في توأمين الزانية وفارق هذا ما إذا استأحق أحدهما لأنه يثبت باستلحاقه أنه أبوه

(فصل) قولهم أن الأم عصبة ولها ما إذا عصبتها عصبة إنما هو في الميراث خاصة كقولنا في الأخريات مع البنات فعلى هذا لا يعقلون عنه ولا يثبت لهم ولاية التزويج ولا غيره وهذا قول الأكرمين وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها هذا ابنكم يرثكم ولا ترثونه ، وإن جنى فعليكم ، وروي هذا عن عبد الله وإبراهيم

والثالث ولاخته السدس وهذا قول أدثر المترين رقول أبي حنيفة ومحمد وقياس قول أبي يوسف له أربعة أخماس ولاخته الخمس . بنتا أخت من أم أحدهما بنت أخ من أب و بنت أخت من أبوين هي من اثني عشر بنتا لبنت الأخت من الابوين وأربعة لذات القرائين من جهة أبيها ولها منهم من جهة أمها وللأخرى سهم . عمتان من أب أحدهما خالة من أم وخالة من أبوين هي من اثني عشر أيضاً لذات القرائين خمسة وللممة الأخرى أربعة وللخالة من الابوين ثلاثة فإن كان معهم أم من أم وهو خال من أب صحت من تسعين . ابن وبنت ابن عمة من أم البنت هي بنت هم من أم ولهم هو خال من أب . ابن وبنت ابن خال من أب الابن هو ابن بنت خال آخر من أب والخالان عمتان من أم هي من ثمانية عشر

(مسئلة) (فإن اتفق معهم أحد الزوجين أعطيت فرضه غير محجوب ولا معارل)

قال شيخنا لا أعلم خلافاً عن ورثتهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل ميراثه من غير حجب ولا معارلة لأن الله سبحانه فرض للزوج والزوجة ونص عليهما فلا يحجبان بذري الأرحام وهم غير منصوص عليهم وقسمت المال بينهم كما لو انفردوا

وروي ذلك عن إمامنا وبه قال أبو عبيد ومحمد بن الحسن والؤلؤي وعامة من ورثتهم ويحتمل أن يقسم الباقي عن فرض الزوج كما يقسم بين من أدلوا به مع أحد الزوجين على المحجب والعول فيفرض

ولنا أنهم إنما ينتسبون إليه بقرابة الأم فلم يعقلوا عنه، ولم يثبت لهم ولاية التزويج كما لو علم أبوه ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج بدليل الاخوات مع البنات، فاما ان أعنتق ابن الملاعة عبداً ثم مات المولى وخلف ام مولاة وأخا مولاة احتمل أن يثبت لهما الارث بالولا، لان التعصيب ثابت، وحكي ذلك عن أبي يوسف وهل يكون للام أو للاخ؟ على الروايتين، وبمحتمل أن لا يثبت لهما ميراث لان النساء لا يرثن من الولا، الا من أعنتق أو أعنتق من أعنتق فكذلك من يديهن وما ذكرناه للاحتمال الاول يبطل بالاخوات مع البنات وعن عصبين أخوهن من الاناث

(فصل) في ميراث ابن ابن الملاعة اذا خلف أمه وأم أبيه وهي الملاعة فلأمه الثلث والباقي لها بالرد وهذا قول علي، وعلى الرواية الاخرى الباقي لام أبيه لانها عصبية أبيه وهذا قول ابن مسعود. وبما يابها فيقال جدة ورثت مع أم أكبر منها، وان خلف جديته فالل مال بينهما بالفرض والرد على قول علي، وفي قول ابن مسعود السدس بينهما فرضا وباقي المال لام أبيه: أم ام وخال أب لام الام السدس، وفي الباقي القولان (أحدهما) أنه لما بالرد (والثاني) لخال الاب، وفي قول علي الكل للجدة: خال وعم وخال أب وابو ام أب المال للعم لانه ابو الملاعة فان لم يكن عم فلأبي ام الاب لانه ابرها فان لم يكن فلخال الاب فان لم يكن للخال لانه ذو رحمه: بنت وعم فبنت النصف والباقي للعم، وفي قول علي الكل فبنت لانه يقدم الرد على تورث عصبية أمه: بنت وأم وخال المال بين البنت والام

لزوج سهمه كاملا من غير حجب ولا عول ثم يقسم الباقي بينهم على قدر سهامهم وهذا قول يحيى بن آدم وضار: وانما يقع الخلاف في مسألة فيها من يدي بذي فرض ومن يدي بعصبية فأما إن أدلى جميعهم بذي فرض أو عصبية فلا خلاف فيه، فنقول في زوج وبنت بنت وبنت أخت لابوين أو لاب للزوج النصف والباقي بينهما نصفين ونصح من أربعة على القول الاول وعلى الثاني من ستة للزوج ثلاثة ولبنت البنت سهمان ولبنت الاخت سهم زوجة وابنتا ابنتين وابنتا أختين للزوجة الربع ولبنتي البنيتين ثلثا الباقي وهو النصف ولبنتي الاختين الباقي وهو الربع ونصح من ثمانية، وعلى قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من ثمانية للزوجة الثمن وللبنتين الثلثان وليس لها ثلثان فتضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين للزوجة الثمن ولبنتي البنيتين الثلثان ستة عشر والباقي لبنتي الاختين وهو خمسة، ثم تعطى الزوجة الربع وتقسم الباقي على أحد وعشرين للبنين ستة عشر ولبنتي الاختين خمسة، والاحد وعشرون ثلاثة أرباع فكلها بان تزيد عليها ثلثا تكن ثمانية وعشرين للزوجة سبعة وللبنتين ستة عشر يبقى خمسة لا تقسم على بنتي الاختين فتضربها في اثنين تكن ستة وخمسين ومنها نصح. زوج وبنت وبنت وخاله وبنت هم للزوج النصف والباقي بين ذوي الارحام على ستة لبنت البنت ثلاثة وخاله سهم ويبقى لبنت العم سهمان ونصح من اثني عشر، وفي قول يحيى وضرار تفرض المسئلة من اثني عشر للزوج ثلاثة وثلثا وبنت ستة وللأم سهمان يبقى للعم سهم ثم يعطى الزوج النصف ويجمع سهام الباقيين وهي تسعة لهم النصف فنصح من ثمانية عشر، فان كان مكان لزوج امرأة فعلى القول الاول للمرأة الربع والباقي بين ذوي

على أربعة بالفرض والرد ولا شيء فلخال لانه ليس بعصبة الملائعة، ولو كان بدل الخال خال أب كان الباقي له لانه عصبة الملائعة، فأما ابن ابن ابن الملائعة فإذا خلف عمه وعم أبيه فالخال لعمه لانه عصبة وهذا ينبغي أن يكون إجماعاً، وقد قال بعض الناس يحتمل أن يكون عم الأب أولى لانه ابن الملائعة وهذا غلط بين لان العصبات إنما يعتبر أقربهم من الميت لا من آبائه، وإن خلف ثلاث جدات متعاضيات فاسدس ينهن والباقي رد عليهن في إحدى الروايتين وهو قول علي . وفي الثانية لام أبي أبيه وهو قول ابن مسعود، وإن خلف أمه وجدته وأبيه فلامه الثلث ولا شيء لجدته، وفي الباقي روايتان أحدهما يرد على الام (والثانية) لجدة أبيه، وإن خلف خاله وخال أبيه وخال جده فالخال لخال جده فان لم يكن فلخاله ولا شيء لخال أبيه، وأما ولد بنت الملائعة فليست الملائعة عصبة لهم في قول الجميع لان لهم نسباً معروفاً من جهة أبيهم وهو زوج بنت الملائعة، ولو اعتقت بنت الملائعة عبداً ثم ماتت ثم مات المولى وخلف أم مولاته ورثت مال المولى لانها عصبة لبنتها والبنت عصبة لمولاهما في أحد الوجهين وقد ذكرناهما في ابن الملائعة

(فصل) والحكم في ميراث ولد الزنا في جميع ادكرنا كالحكم في ولد الملائعة على ما ذكرنا من الاقوال والاختلاف الا أن الحسن بن صالح قال : عصبة ولد الزنا سائر المسلمين لان أمه ليست فراشا بخلاف ولد الملائعة والجمهور على النسوبة بينهما لا تقطع نسب كل واحد منهما من أبيه الا أن ولد الملائعة يلحق بالام اذا استباحه وولد الزنا لا يلحق الزاني في قول الجمهور، وقال الحسن وابن سيرين يلحق الواطئ اذا قُبِم عليه الحد ويرثه، وقال ابراهيم بلحقه اذا جلد الحد أو دلام الموطوءة، وقال اسحق بلحقه، وذكر عن عروة وسليمان بن يسار نحوه وروى علي بن عامر عن أبي خنيفة أنه قال لا أرى

الارحام على ستة وهي توافق باقي مسألة الزوجة بثلاث فتردها الى اثنين وتضربها في أربعة تكن ثمانية للمرأة - هان ولدت البنت نصف البقي ثلاثة وللخاله سهم وابنت العم سهمان، وعلى قول يحيى تضربها من أربعة وعشرين لقوى الارحام منها أحد وعشرون ثم تضرب للمرأة الربع من أربعة لماسهم ولم ثلثة، توافق سهامهم باثنت فنضرب ثلثها في أربعة تكن ثمانية وعشرين ومنها تصح امرأة وثلاث بنات ثلاث أخوة مفترقين. امرأة وبنت بنت وثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات

(مسألة) (ولا يعزل من مسائل ذوي الارحام إلا مسألة واحدة وشبهها)

وهي خلة أو غيرها ممن يقوم مقام الام أو الجدة وست بنات ست أخوات مفترقات أو من يقوم مقامهن ممن يأخذ المال بالفرض قلها من ستة فلخاله السدس ولبنتي الاختين من الام اثنت ولبنتي الاختين من الابوين اثنتان أربعة تعزل إلى سبعة لان العزل لزايد على هذا لا يكون إلا لأحد الزوجين وليس ذلك في ذوي الارحام

بأما إذا زنا الرجل بالمرأة فحملت منه أن يتزوجها مع أهلها ويستتر عليها والولد ولد له وأجمعوا على أنه إذا ولد على فراش رجل فادعاه آخر أنه لا يلحقه وإنما الخلاف فيها إذا ولد على غير فراش ولنا قول النبي ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» ولأنه لا يلحق به إذا لم يستلحقه فلم يلحق به بحال كما لو كانت أمه فراشا أو كما لو لم يجلد الحبد عند من اعتبره

(مسئلة) قال (والعبد لا يرث ولا مال له فيورث عنه)

لا نعلم خلافا في أن العبد لا يرث إلا ما روي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أبا عمه لو كان يشتري من ماله ثم يعتق فيرث وقاله الحسن وحكي عن طاووس أن العبد يرث ويكون ما ورثه لسيده ككتبه وكما لو رمى له ولأنه نصح الوصية له فيرث كالحمل ولنا أن فيه نقصا من كونه موروثا فنعم كونه وارثا كالمترد وبفارق الوصية فإنها نصح لمولاه ولا ميراث له وقيامهم ينتقض بمختلfi الدين . وقول ابن مسعود لا يصح لأن الأب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الأقارب وذلك لأن الميراث صار لأهله بالموت فلم ينتقل عنهم إلى غيرهم . وأجمعوا على أن المملوك لا يرث وذلك لأنه لا مال له فيورث فإنه لا يملك ، ومن قال أنه يملك بالتأليك فما كان ناقصا غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه السلام «من باع عبدا وله

(باب ميراث الحمل)

(إذا مات عن حمل يرثه وطالب بقية الورثة بالفسحة وقت له نصيب ذكرين إذا كان نصيبهما أكثر وإلا وقت له نصيب ابنتين)

وجملة ذلك أن الإنسان إذا مات عن حمل يرثه وطالب بقية الورثة بالفسحة وقت له نصيب ذكرين إذا كان نصيبهما أكثر وإلا وقت له نصيب ابنتين . ولم يعطوا كل المال بغير خلاف بين العلماء إلا ما حكي عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجامة ولكن يدفع إلى من لا ينقصه كمال ميراثه وإلى من ينقصه أقل ميراثه ولا تدفع إلى من يسقطه شيئا ، فأما من شاركه فأكثر أهل الحل قالوا يوقف الحمل شيء ويدفع إلى شركائه البقي . وهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك وبجي بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء . لأن الحمل لأحد له ولا نعلم كم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل البصرة قال : وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت بألمن شيئا كالكرش فظن أن لا ولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحى بها نمرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكر وعاشوا جميعا وكانوا خلقا سويا إلا أنه كان في أعضادهم نصر قال وصار عني أحدم نصر عني فكنت أعير به فيقال صر عك سبع رجل

مال فانه قابض الا اذ يشترطه المبتاع ، ولان السيد احق بمناعه واكسابه في حياته فكذلك بعد مماته
وعن روى عنه ان العبد لا يرث ولا يرث ولا يحجب علي وزيد وبه قال الثوري ومالك والشافعي
واسحاق رضي الله عنه وأصحاب الرأي

(فصل) ويرث الاسير الذي مع الكفار اذا علت حياته في قول عامة الفقهاء إلا سعيد بن
المسيب فانه قال : لا يرث لانه عبد ، وليس بصحيح لان الكفار لا يملكون الاحرار بالقهر فهو باق
على حرته فيرث كما يطلق

(فصل) والمدير وأم الولد كاتن لانهم رقيق بذليل ان النبي ﷺ باع مديراً . وأم الولد
مملوكة يجوز اسيدها وماؤها بحكم الملك وتزوجها واجارنها وحكمها حكم الامة في جميع احكامها الا فيما
ينقل الملك فيها أو يراد له كالرهن

(فصل) فأما المكاتب فان لم يملك قدر ماله فهو عبد لا يرث ولا يرث . وان ملك قدر ما يؤدي
ففيه روايتان (احدهما) انه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يرث يروى ذلك عن عمر وزيد بن
ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي رضي الله عنه وأبي ثور ، وعن ابن
المسيب وشرمجة والزهرى ونحوه لما روى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان
النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وفي لفظ ان النبي ﷺ قال « أيما عبد كاتب
على مائة أو قية فأداها الا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على ائنة دينار فأداها الا عشرة دنانير

قال شيخنا وقد أخبرني من اثنى به سنة ثمان وسبعمائة أو سنة تسع عن خرير بدمشق أنه قال :
ولدت امرأتني في هذه الأيام سبعة في بطن واحد ذكراً وإناثاً ، قل وكان بدمشق أم ولد لبعض
كبرائها فتزوجت بعده من كان يقرأ عليها وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غير الشافعي هذا نادر
لا يعمل عليه فلا يجوز منه الميراث من أجله كما لو لم يظهر بالمرأة حل .

(فصل) واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فمن أحد أنه يوقف نصيب ذكرين إن كان ميراثهما
أكثر أو نصيب اثنين إن كان أكثر وهذا قول محمد بن الحسن والأولاد وقال شريك يوقف نصيب
أربعة فإني رأيت بني اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى وأظن الرابع
اسماعيل وروى ابن المنذر هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي ، وقال الليث وأبو
يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمير من الورثة

ولنا أن ولادة التوأمين كثير معتاد فلم يجز قسم نصيبهما كالواحد وما زاد عليها نادر فلم يوقف
له شيء . كالخامس والسادس

(مسئلة) (فأذا وضع الحمل دفعت إليه نصيبه وودت الباقي إلى مستحقة ، وإن كان يرث الموقوف
كله أخذه ، وإن أعوز شيئاً رجع على من هو في بدء)

فهو عبد « وعن محمد بن المنكدر وعمر بن عبد الله مولى غفرة وعبد الله بن عبدة ان النبي ﷺ قال لعناب بن أسيد « من كاتب مكاتباً فهو أحق به حتى يقضي كتابته »

وقال القاضي وأبو الخطاب : إذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب إيفاؤه للمكاتب فلا يجوز إيقاؤه على الرق لعجزه عما يجب رده اليه (والرواية الثانية) انه اذا ملك ما يؤدي فقد صار حراً برث وبيورث فاذا مات له من يرثه ورث وان مات فليس له بقية كتابته والباقي لورثته لما روى أبو داود بإسناده عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « اذا كان لاحد اكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتعجب منه »

وروى الحكم عن علي وابن مسعود وشرح يعطى سيده من تركته ما بقي من كتابته ، فان فضل شي . كان لورثة المكاتب ، وروى نحوه عن الزهري وبه قال ابن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والحسن ومنصور ومالك وأبو حنيفة غير أن مالكاً جعل من كان معه في كتابته أحق ممن لم يكن معه . قال في مكاتب هلاك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لأخيه دون ابنه . وجهه أبو حنيفة عبداً مادام حياً فاذا مات أدى من تركته باقي كتابته والباقي لورثته . وروى عن عمر رضي الله عنه انه قال على المنبر انكم مكاتبون مكاتبين فأيهم أدى النصف فلا رق عليه . وعن علي عليه السلام اذا أدى النصف فهو حر وعن عروة نحوه . وعن الحسن اذا

(مسائل من ذلك) امرأة حامل وبنت للمرأة الثمن ، وللبنت خمس الباقي وفي قول شريك اسمه وفي قول أبي يوسف ثلثة بضمين ، ولا يدفع اليها شيء في المشهور وعن الشافعي ، فان كان مكان البنت ابن دفع اليه ثلث الباقي أو خمسة أو نصفه على اختلاف الاقوال ، ومتى زادت افروض على ثلث المال فيرات الاناث أكثر ، فاذا خلف أبوين وامرأة حاملاً فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللأبوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر ويستوي ههنا قول من وقف نصيب اثنين وقول من وقف بين أربعة وقول أبي يوسف تعطى المرأة ثمناً كاملاً والأبوان ثلثاً كاملاً ويؤخذ منهم بضمين ، فان كان معهم بنت دفع اليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر ، وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ، ويؤخذ من الكل بضمين من البنت لاحتفال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقيين لاحتفال أن تموت المسئلة ، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين وبين مائة وعشرين باثلاث ويضرب ثلث احدهما في الاخرى تكن ألفاً وثمانين للبنت ثلاثة عشر في تسعة ، مائة وسبعة عشر ، وللأبوين والمرأة أحد عشر في أربعين وما بقي فهو موقوف . زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ويقف أربعة وقال أبو يوسف ندفع إلى الام سهمين ونقف ثلاثة ونأخذ منها بضميناً ، هكذا حكى عنه الحنبري وإن كان في المسئلة من يسقط بولد الابوين كعصبة أو أحد من ولد الاب لم يعط شيئاً ولو كان في هذه المسئلة جد فللزوجة الثلث ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، والباقي موقوف ، وقال

أدى الشطر فهو غريم وعن ابن مسعود وشرح نحوه ، وعن ابن مسعود إذا أدى ثلثاً أو ربعاً فهو غريم وعن ابن عباس إذا كتب الصحيفة فهو غريم

وعن علي رضي الله عنه قال تجري العتاقة في المكاتب في أول نجم . يعني يعتق منه بقدر ما أدى وعنه أنه قال يرث ويحجب ويعتق منه بقدر ما أدى . وقد روى حماد بن سلمة عن أبيوب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال « إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما اعتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما اعتق منه » وفي رواية « يودى المكاتب بقدر ما اعتق منه دية الحر وقدر مارق منه دية العبد » قال يحيى بن أبي كثير وكان علي ومروان بن الحكم يقولان ذلك . وقد روى حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلاً والحديث الذي روينا لقولنا أصح منه ولا أعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا وما ذكرناه أولاً والله أعلم

(مسئلة) قال (ومن بعضه حر يرث ويورث ويحجب على مقدار ما فيه من الحرية)

وجعلته ان المعتق بعضه إذا كسب مالا ثم مات وخلفه نظر فيه فان كان كسبه بجزئه الحر مثل ان كان قد هاباً سيده على منفعة فاكسب في أيامه أو ورث شيئاً فان الميراث انما يستحقه بجزئه الحر أي كان قد قاسم سيده في حياته فتركت له الورثة للاحق لما لك باقية فيها وقال قوم جميع ما خلفه بينه

أبو حنيفة : الزوج النصف ، وللام السدس ، وللجد السدس ، ويقف السدس بين الجد والام ولا شيء للحم لان الجد يسقطه ، وأبو يوسف يجعها من سبعة وعشرين ويقف أربعة أسهم . وحكي عن شريك أنه كان يقول تقول على الجد فيقف ههنا نصيب الاناث فتكون عنده من تسعة تقف منها أربعة ولو لم يكن فيها زوج كان الام السدس ، وللجد ثلث الباقي ، ويقف عشرة من ثمانية عشر وعند أبي حنيفة للجد الثلثان ، وللام السدس ، ويقف السدس بينهما ، قول أبي يوسف يقف الثلث ويعطي كل واحد منهما ثلثاً ويؤخذ منهما ضمين ، ومتى خلف ورثة وأما تحت الزوج فيبني للزوج الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا ؟ كذا يروى عن علي وعمر بن عبد العزيز والشامي والنخعي وقنادة في آخرين فان وطئها قبل استبرائها فأنات بولد لأقل من ستة أشهر ورث لانا نعم أنها كانت حاملاً به وإن ولدته لأكثر من ذلك لم يرث إلا أن يقر الورثة أنها كانت حاملاً يوم موت ولدها .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإذا استهل المولود صارخاً ورث وورث وفي معناه العطاس والتنفس

والارتضاع وما يدل على الحياة ، فاما الحركة والاختلاج فلا يدل على الحياة)

وجملة ذلك أن الحمل لا يرث إلا بشرطين (أحدهما) انه كان موجوداً حال الموت وبعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر فان أنت به لأكثر من ذلك وكان لها زوج أو سيده يطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت وإن كانت لا توطأ لعدم الزوج أو السيد أو لغيرتهما

وبين سيده قال ابن ابيان هذا غلط لان الشريك إذا استوفى حقه من كسبه مرة لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ما كسبه بنصفه الحر كما لو كان بين شريكين فاقسما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر والعبد يخلف أحد الشريكين فيما عتق منه، فاما ان لم يكن كسبه بجزئته الحر خاصة ولا انقسما كسبه فلما كسبه من تركته بتدبيره لم يبق له من الباقي لورثته، وان مات له من يرثه فانه يرث وبورث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال عثمان البتي وحصة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يرث وأحكامه أحكام العبد، وبه قال مالك والشافعي رضي الله عنهما في القديم بماله للمالك باقية قول ابن ابيان هذا غلط لانه ليس للمالك باقية على ما عتق منه مالك ولا رلا ولا هو ذو رحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي رضي الله عنه القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزئته الحر وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزئته الحر لورثته ولا يرث هو ومن مات شيئا وبه قال طارس وعمر بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في تورثه والارث منه وغيرها وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم ومحمد وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد والأوزاعي ويحيى بن آدم وداود، وقال أبو حنيفة ان كان الذي لم يعتق استسعى العبد فله من تركته سعائته وله نصف ولا ثوان كان أغرم الشريك فولأؤه كله فلهذا اعتق بعضه

أو اجتنابها الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل وهي أربع سنين في إحدى الروايتين، وفي الأخرى سنتان (الشرط اثنتان) أن تضعه حياً فان وضعته ميتاً لم يرث في قول الجميع. واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة فانفقوا على أنه اذا استهل صارخا ورث وورث، لما روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا استهل المولود ورث، وروى ابن ماجه عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله، واختلفوا فيما سوى الاستهلال فقاتلوا لما رث لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو؟ فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل صارخاً، والمشهور عن أحمد أنه لا يرث حتى يستهل، روي ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشريح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة ويحيى ابن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد واسحاق لان مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام «إذا استهل المولود ورث» أنه لا يرث بغير الاستهلال، وفي لفظ ذكره ابن سراقه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في الصبي المنفوس «إذا وقع صارخاً فاستهل ورث وتمت ديتة وسمي وصلي عليه وان وقع حياً ولم يستهل صارخاً لم تتم ديتة وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة» وانما سمي الصراخ من الصبي استهلالاً تجوزاً، والاصل فيه أن الناس اذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته واجتمعوا فأراه بعضهم بعضاً فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالاً

ولنا ماروي عبدالله بن احمد حدثنا الرمي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس أن الذي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه ويرث ويورث على قدر ما اعتق منه، ولأننا يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياساً لأحدهما على الآخر إذا ثبت هذا فالترقيم على قولنا لأن العمل على غيره واضح. وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه، وإن كان عصبه نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطى بقدر ما فيه منها، وإن كانا عصبين لا يحجب أحدهما الآخر كابنتين نصفهما حر نفي وجهان (أحدهما) تنكّل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى مافي الآخر منها فإن كل منهما واحد ورثا جميعاً ميراث ابن حر لأن نصفه شيء شيء كامل، ثم قسم ما ورثناه بينهما على قدر مافي كل واحد منهما فإذا كان نشأ أحدهما حراً وثالث الآخر حراً كان ما ورثناه بينهما اثلاثاً وإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثنا بقدر ما فيهما، وإن زاد على حر واحد وكان الجزءان فيهما سواء قسم ما ورثناه بينهما بالتساوي، وإن اختلفنا أعطى كل واحد منهما بقدر ما فيه قال الخبري قال لا كثير من هذا قياس قول علي رضي الله عنه، ولوجه الآخر لا تنكّل الحرية فيهما لانهما لو كملت لم يظهر لرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين، وإن كان أحدهما يحجب الآخر فقد قيل فيهما وجهان أيضاً والصحيح أن الحرية لا تنكّل ههنا لأن الشيء لا يكل بما يستقطعه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثه بعضهم بالخطاب وتزيل الأحوال وحجب بعضهم ببعض على مثل تزيل الخطاب وقال أبو يوسف

لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به. وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال: يرث السقط ويورث إذا استهل، فقيل له ما الاستهلال؟ قال إذا صاح أو عطس أو بكى، فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال، وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لأنه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ، وعن أحمد رواية ثالثة إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام الحياة وهذا قال اثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه، فاما الحركة والاختلاج فلا تدل على الحياة، فإن اللحم يحتاج إذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه ثم خرج إلى مكان فسيح فانه يتحرك وإن لم تكن فيه حياة، ثم إن كانت فيه حياة فلا يه لم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فإن الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت.

(مسئلة) (وإن خرج بعضه فاستهل ثم انفصل ميتاً لم يرث)

وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه إن خرج أكثره فاستهل ثم مات وورث، لقوله عليه الصلاة والسلام «إذا استهل المولود ورث»

ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره، وعنه يرث الحديث المذكور ولأنه قد علمت حياته، والاولى ظاهر المذهب لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا وهو حي أشبه ما لو مات في بطن أمه

بعضه ، ومسائل ذلك ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الزوجين وفي الآخر لهما نصفه والباقي للعصبة أو إيت المالان لم تكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل واحد منهما ثلاثة أثمان المال لأنهما لو كانا حريين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الأكبر وحده حرأ كان له المال ولا شيء للأصغر ولو كان الأصغر وحده حرأ كان له كذلك. ولكل واحد منهما في الأربعة أحوال مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فإن كلت معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الأول ينقسم المال بينهم على ثمانية كما تنقسم مسألة المباهلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية

وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين صاحبي النصفين نصفين، وعلى تنزيل الأحوال يحتمل أن يكون لكل واحد من نصفه حر سدس المال وثمنه ولبن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو ثلث المال ونصف سدسه لأن لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فعطيه ثمن ذلك وهو سدس وثمن ويعطى من ثلثه حر ثلثه وهو ربع ونصف سدس : ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الأول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي لحر فيكون لحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع ، ولو نزلت ما بالاحوال أفصى إلى هذا لأن لحر المال في حال ونصفه في حال فله نصفهما وهو ثلاثة أرباع والآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ، ولو

(مسألة) (وان ولدت توأمين فاستهل أحدهما واشكل ، أفرع بينهما ، فمن خرج سهمه فهو المستهل) إذا أشكل أحد التوأمين أيها المستهل ، فإن كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكر وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما ، وإن كان ذكرأ وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي من أصحابنا من قال يفرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهو المستهل كما لو طلق إحدى نسائه فلم تعلم بعينها ثم مات ، وكذلك النسوة إذا أراد السفر بإحدهن أو البداية بالقسم لها فإنه يفرع بينهما ، وقال الحبري ليس في هذا عن السلف نص ، وقال الفرضيون تعمل المسئلة على الحالتين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال .

ومن مسائل ذلك رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملاً منه فولدت توأمين ذكرأ وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه . فقل ان كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له ترث أمه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر ، لام الميت ثلاثة ، ولأم الولد خمسة ، وللم عشرة ، وإن كانت البنت المستهل فالمسئلة من ستة وموت البنت عن ثلاثة ، لأمها سهم ، ولعمها سهمان والستة تدخل في ثمانية عشر ، فمن له شيء من ثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من ستة مضروب في ثلاثة فسدس الام لا يتغير ، وللم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد ، فهذا اليقين فياخذها ، ولأم الولد خمسة في سهم ، وسهم في ثلاثة ، فياخذها ويقف سهمين بين الأخ

خاطبتهما فقلت لحر لك المال لو كان أخوك رقيقاً ونصفه لو كان حراً فقد حجبتك بحريته عن النصف فنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً فإذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو الربع، ابن ثناء حر وابن ثناء حر على الأول للمال بينهما أثلاثاً وعلى الثاني الثلث بينهما وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل اثنتان بينهما أثلاثاً وبالحطاب تقول لمن ثناء حر لو كنت وحدك حراً كان المال لك ولو كنتم حرين كان لك النصف فقد حجبتك بحريته عن النصف فبثلثها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حراً فلك بالثاني حريته خمسة أسباع، ويقال للآخر يحجبك أخوك بثلثي حريته عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فلك بثلث خريتهم ثلث ذلك وهو النسمان ويبقى التسعان للعصبة إن كان أودى رحم فان لم يكن ففي بيت المال: ابن حرو بنت نصفها حر للابن خمسة أسداس المال ولبنات سدسه في الحطاب والتنزيل جميعاً ومن جمع الحرية أفصى قوله إلى أن له أربعة أخماس المال ولها الخمس فان كانت بنت حرة وابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربع وسدس ومن جمع الحرية فيما جعل المال بينهما نصفين ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فنجمع الحرية فثلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة. وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتنزيل والاحوال قال للابن المال في حال وثناء في حال فله ربع ذلك ربع وسدس ولبنات نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة وان شئت قلت ان تدرونها

وأم الولد حتى يصطاحا عليهما، ويحتمل أن يقسم بينهما، امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فاستلثان من أربعة وعشرين إذا أعطيت كل واحد أقل نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة فان كان معها بنت فكل واحدة من المستلثين من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر. امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت المرأة ابناً وبنتاً فاستهل أحدهما ولم يعلم فان كان المستهل الآخر فهي من ستة وثلاثين فان كانت الاخت فهي من ثلاثة عشر، والمستلثان متباينتان فاضرب أحدهما في الأخرى تكن أربعاً وعشمة وستين وكل من له شيء من إحدى المستلثين مضروب في الأخرى فيدفع إلى كل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها تسعة بين المرأة والمعم، وخمسة بين الام والمعم، فان كانت المرأة والام حاملين فوضعتا معاً فاستهل أحدهما فكل واحدة منهما ترجع إلى ستة وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر سهماً، أربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والمعم (فصل) إذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أود من الأول أو من الثاني؟ فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه، لان الأصل عدم استهلاله فعلى هذا الاحتمال ان علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وان جهل كان كما لو استهل واحد منهما لا بعينه، وقال الفرضيون تعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي

حريين فهي من ثلاثة وأنت قدزنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وإن قدزنا الابن وحده حراً فمال له وإن قدزناها رقيقين فالمال للعصبة فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فالابن المال في حال ستة وثلاثاء في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال الثالث في حال خمسة والعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فإن لم تكن عصبة جعلت للبنت في حال حريتها المال كله بالفرض والزد فيكون لها مال وثلاث فتجعل لها ربع ذلك وهو الثلث ، فإن كان معهما امرأة وأم جرتان كانت الحرية فيهما فحجبا الام إلى السدس والمرأة إلى الثمن لأن كل واحد منهما لو انفرد لمحجب نصف المحجب فإذا اجتمعا اجتمع المحجب ، ومن ورث بالأحوال والتزويل قال للام السدس في ثلاثة أحوال والثلث في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلاث وثمان والمرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن والابن الباقي في حال وثلاثاء في حال فله ربع ، وللبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربعه ، وإن لم يكن في المسئلة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللأم سبعة مكان السدس ونصح المسئلة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين وثمانية وثمانين سهمها للام منها ستون والمرأة خمسة وأربعون وللأبن خمسة وثمانون وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة ، وقياس قول من جمع الحرية في المحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيجعل لهما ثلاثة دباع الباقي

من مسائل ذلك أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهات احدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدراهل استهات الاخرى أو تكرره من واحدة؟ فقل إن كان منهما جميعاً فقد ماتتا عن أربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتاً فحكمهما حكم الفرقى فمن ذهب إلى أنه لا ترث احدهما من الاخرى قال قد خلفا أم وأختاً وعماً فتصح من ثمانية عشر وإن كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالسدس فتصير من ستة وثلاثين الأم اثنا عشر والأخت كذلك وللم تسعة وتقف ثلاثة تدعي الأم منها سهمين والعم سهماً وتدعيها الأخت كلها فيكون سهمان بينهما وبين الام وسهم بينهما وبين العم زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبناتاً فاستهل أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدراهل هو؟ فإن كان الاستهلال تكرر من البنت فهي الاكدرية وماتت عن أربعة بين أمها وجدها فتصح من أحد وثمانين وإن تكرر من الاخ لم يرث شيئاً والمسئلة من ستة للجد منها سهم وإن كان منهما فللأم السدس وللزوج النصف وللجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لهما بين الجد والام على ثلاثة فصار للام أربعة وللجد خمسة والثمانية عشر توافق أحداً وثمانين بالاتساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الاكدرية أربعة وخمسون وللأم تسعاً المال من مسئلة استهلالهما معاً ستة وثلاثون وللجد السدس من مسئلة استهلال الاخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة وأربعون يدعي منها الزوج سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعي منها

وقول ابن الابن لهما ستة عشر من ثمانية وأربعين لأنهما لو كانا حريين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهم نصف ذلك وهذا غلط لأننا جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجبه إياه بجميعه، وأولو ساغ هذا لكان لهم حال انفردا لهما النصف بينهم من غير زيادة؛ ابن وأبوان نصف كل واحد منهم حر إن قدرناهم أحراراً فللابن الثلثان وإن قدرناه حرّاً وحده فله المال وإن قدرنا معه أحد الابن حرّاً فله خمسة أسداس فتجمع ذلك فله ثلاثة أموال وثلاثان فله منها وهو ربع سدس والاب المال في حال وثلاثة في حال وسدس في حالين فله ثمن ذلك ربع والام الثلث في حالين والسدس في حالين فلها الثمن والربع في العصبية، وإن حملتها بالبطاقات إن قدرناهم أحراراً فهي من ستة وإن قدرنا الابن واحده حرّاً فهي من سهم فكذلك الاب وإن قدرنا الام وحدها حرة أو قدرناهما مع حرية الاب فهي من ثلاثة وإن قدرنا الابن مع الاب أومم الام فهي من ستة وإن قدرناهم رقيقاً فالل للعصبية وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الأحوال وهي ثمانية تكن ثمانية وأربعين والابن المال في حال ستة وثاناً في حال أربعة وخمسة أسداس في حالين عشرة فذلك عشرون سهماً من ثمانية وأربعين وللاب المال في حال ستة وثلاثة في حال وسدس في حالين وذلك اثنا عشر وللأم الثلث في حالين والسدس في حالين وذلك ستة وهي الثمن وإن كان ثلث كل واحد منهم حراً زدت على السنة نصفها تصير تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والاقسم وللأب

الجسد سبعة وثلاثين وتقول الثمانية الفاضلة للام فيحتمل أن تدفع اليها لان الزوج والجد يقران لها بها .

(فصل) وربما كان الحمل لا يرث إلا أن يكون ذكراً مثل أن يكون من جد الميت أو عمه أو أخيه مثال ذلك بنت عم وعم وامرأة أخ حامل للبنت النصف والباقي موقوف في قولهم جميعاً أم وعم وامرأة جد حامل للام الثالث ولعم تسعة أم وبنت وامرأة أخ وامرأة عم حاملان للام السدس وللبنات النصف ويوقف ثلث فان ولدت امرأة الم ابناً لم يعط شيئاً لجواز أن تلد الأخرى ابناً وان ولدت امرأة الاخ أو لا ابناً أخذ الموقوف

(فصل) وربما كان الحمل لا يرث إلا أن يكون أنثى

مثاله زوج وأخت لابوين وامرأة أب حامل يوقف سهم من سبعة فان ولدت أنثى أو إناثاً أخذته وان ولدت ذكراً أو ذكريين أو ذكراً وأنثى اقتسمه الزوج والاخت وكذلك ان تركت أختاً لاب لم يدفع اليها شيء لجواز أن تلد ذكراً فيسقطها زوج وأبوان وبنت وامرأة ابن حامل تقف سهمين من خمسة عشر فان ولدت أنثى أو إناثاً أخذتها وإلا رجعت على الورثة فقسمة بينهم على ثلاثة عشر ورجعت المسألة إلى ذلك وكذلك إن كان معهم بنت ابن جد وأم حامل من الاب من ثمانية عشر تأخذ الام ثلاثة والجسد خمسة ويوقف عشرة فان ولدت ذكريين فالعشرة لهما وان ولدت اثنتين

مفترقين نصف كل واحد حر الاخر من الام نصف السدس والاخر من الابوين نصف الباقي والاخر من الاب نصف الباقي ونصف من ثمانية وأربعين الاخر من الام أربعة والاخر من الابوين اثنان وعشرون والاخر من الاب أحد عشر وعلى القول الآخر الاخر من الام نصف السدس والاخر من الابوين النصف والاخر من الاب مابقي فان كان معهم بنت مرة فلها النصف ولا شيء الاخر من الام والاخر من الابوين الوهم والاخر من الاب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للاخر من الابوين وحده فان كان نصف البنت حراً فلها الربع والاخر من الام ربع السدس والاخر من الابوين نصف الباقي والاخر من الاب نصف الباقي (فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة فان لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقي لقوي الرحم فان لم يكن فليت المال فان كان معها أم حرة فلها الربع لان البنت الحرة يحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وان كان معها امرأة فلها الثمن ونصف الثمن وان كان معها أخ من أم فله نصف السدس وإن كان معها بنت ابن فلها الثلث لأنها لو كانت كلها أمة لكان لبنت الابن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتها حريتها عن الثلث فنصفها يحجبها عن السدس وكل من ذكرنا إذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية وان كان ثلثه حراً فله ثلثه وان كان معها بنت أخرى حرة فلها ربع المال وثلث بينهما على ثلاثة عدد من جمع الحرية فيهما لان لهما بحرية نصفاً ونصف حرية نصف كمال اثنين وفي الخطاب والتنزيل لحررة ربع وسدس والاخرى سدس لان نصف

ابن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لان الاصل حياته والتقدير لا يضاف اليه إلا بالتوفيق ولا توفيق هنا فوجب التوقف عنه وقال عبد الله بن الحكم لينظر به تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد ولعله يحتاج بقول النبي ﷺ «أعمار أمتي ما بين الستين والسبعين» أو كما قال ولان الغالب أن لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه التسمين وقال الحسن بن زياد ينتظر له عام مائة وعشرين سنة وهو قول ابن عقيل فلو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى فيقسم ماله حيث بين ورثته ان كانوا أحياء وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف ورثة لم يكن له شيء من مال المفقود وكان ماله للأحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار فان مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ولم يكن لورثة المفقود قال الأوّلوي وهذا قول أبي يوسف وحكي الخبري عن الأوّلوي انه قال وهو الصحيح عندي والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن البان عن الأوّلوي فقال لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة يوم أو بعد فقده يوم أو تمت مائة وعشرون سنة لم يورث منه شيء ولم يورث منها لاما لا نعلم أيهما مات أولاً وهذا قياس قول من قال في الفرقي إنه لا يرث أحد من صاحبه ويرث كل واحد من الأحياء من ورثته قال القاضي هذا قياس قول أحمد واتفق الفقهاء على إنه لا يرث المفقود إلا الأحياء من ورثته يوم قسم ماله لا من مات قبل ذلك ولو يوم، واختلفوا في

أحدهما يحجب الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحرة تمجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فإن كان نصفهما رقيقاً ومعهما عصبة فلهما ربع المال وسدسه بينهما لأنهما لو كانتا حرتين كان لهما اثنتان. ولو كانت الكبرى وحدها حرة كانت لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا امتين كان المال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس وطريقها بالسط ان تقول ولو كانتا حرتين فالمسئلة من ثلاثة وان كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنتين وكذلك إذا كانت الصغرى وحدها حرة، وإن كانتا امتين فهي من سهم فتضرب اثنتين في ثلاثة تكن ستة ثم لكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلاثة في حال سهمان في الاحوال الاربعة تكن أربعة وعشرين صار لها خمسة من أربعة وعشرين وللأخرى مثل ذلك والعصبة المال في حال والنصف في حالين والثالث في حال ذلك أربعة عشر سهماً من أربعة وعشرين ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة وإذا لم يكن عصبة نزلتهما على تقدير الرد فيكون حكمهما حكم اثنتين نصف كل واحد منهما حر على ماثلناه ثلاث بنات ابن متازلات نصف كل واحدة حر وعصبة الأولى الربع والثانية السدس لأنها لو كانت حرة كان لها الثلث والثالثة نصف السدس على قول البصريين لأنك تقول للسفلى لو كانتا امتين كان لك النصف ولو كانت إحداهما حرة كان لك السدس فينبغي أن تكون فتحجبك العلية عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فإذا كان نصفك حراً كان لك نصف، وفي التنزيل ثلاثة نصف الثمن وثلاثة لثلاث لو نزلنا كل واحدة حرة وحدها كان

من مات وفي ورثته مفقود فذهب أحمد وأكثر الفقهاء أنه يعطي كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره أو تمضي مدة الانتظار فتعمل المسئلة على أنه حي ثم على أنه ميت وتضرب إحداهما في الأخرى إن تباينا أو في وفقها إن اتفقتا وتجزي بإحداهما إن تمانتا وباكثرهما إن تناسبتا وتعطي كل واحد أقل النصيبين ومن لا يرث إلا من إحداهما لا تعطيه شيئاً وتوقف الباقي (النوع الثاني) أن يكون الغالب من حاله الهلاك كالذي يفقد من بين أهله كمن يخرج إلى الصلاة أو في حاجة قريبة فلا يعود أو في مفازة مهلكة كالخجاز أو بين الصفين حال الحرب أو في البحر إذا غرقت سفينته ولا يعلم له خبر فهذا ينتظر به أربع سنين لأنها أكثر مدة الحمل فانه لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة الوفاة وحلت للأزواج نص عليه أحمد وهذا اختيار أبي بكر وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه والأول أصح لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله وقد روي عن أحمد رحمه الله التوقف عن أمره وقال قد هبت الجواب فيها وكأني أحب السلامة والمذهب الأول ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا إلا أن مالكا والشافعي في القديم وافقا في الزوجة أنها تزوج خاصة والظاهر من مذهبه مثل قول الباقرين

لها النصف فهذه ثلاثة أحوال من ابنين اثنين ولو كن إماماً كان المال للعصبة ولو كن أحراراً كان للاولى النصف والثانية السدس والثالث للعصبة ولو كانت الاولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فللثانية النصف وللثالثة السدس والثالث للعصبة فهذا أربعة أحوال من ستة سنة والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للعليا النصف في أربعة أحوال اثنا عشر وهي الرابع والثمانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس وللثالثة النصف في حال والسدس في حالين وهو خمسة وهي نصف الثمن وثيود، وقال قوم نجمع الحرية فيبين فيكون فيبين حرية ونصف لمن بها ثلث ورابع للاولى والثانية ربعان والثالثة نصف سدس فان كان معهن رابعة كان لها سدس ونصف آخر، ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرية وهم تأتي من قبل الابوين الرابع والتي من قبل الاب السدس والتي من قبل الام نصف السدس، وللام اثنتان لانها لا تحجب الابنتين من الاخوة والاخوات ولم تكن الحرية في اثنين وللام ما بقي وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرية للام اثنتان لما ذكرناه، وقال الخبير للام الرابع وحجبها بالجزء، ثم تحجب بنصف البنت والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق في الولد والجزء من الولد، وفي الاخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منهما ولذلك لم تحجب بالواحد من شي. أصلاً وهذا قول ابن القبازي وحكي القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط وفي الباب اختلاف كثير وفروع قل ما تنفق وقل ما تنجي. مسألة الا ويمكن حملها بتياس ما ذكرناه

فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك في النوع الاول لانه مفقود لا يتحقق موته أشبه التاجر والسائح ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما نذكره في العدد ان شاء الله تعالى وإذا ثبت ذلك في التسكاح مع الاحتياط للأبضاع ففي المال أولى ولان الظاهر هلاكه فأشبه ماله مضت مدة لا يعيش في مثلها .

(مسألة) (وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه ودفع الى كل وارث اليقين فان كان حياً أخذ ميراثه ورد بفضل الى اهله وان علم انه مات بعد موت موروثه دفع نصيبه مع ماله الى ورثته وان علم انه كان ميتاً حين موت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد ايضاً الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي سقط ميتاً هذا الذي ذكره شيخنا في المغني وذكر في هذا الكتاب المشروح وفي الكافي انه يقسم على ورثة المفقود لانه محكوم بحياته فعلى هذا يكون في المسئلة روايتان وان علمنا ان المفقود مات ولم ندر متى مات رد الموقوف له الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته فلا نورثه مع الشك واتفق الفقهاء على انه لا يرث المفقود إلا الاحياء من ورثته وقد مضى ذكره

(مسئلة) قال (وأذا مات وخلف ابنين فأقر أحدهما باخ فله ثلث ما في يده وإن أقر باخت فلها خمس ما في يده)

قد ذكرنا في باب الإقرار من يثبت الذنب بقوله ومن لا يثبت ونذكر هنا ما يستحق المقر به من الميراث إذا لم يثبت نسبه فنقول إذا أقر بعض الورثة لمشارك في الميراث فلم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه وهذا قول مالك والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم ووكيع وإسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة ، وقال النخعي وحماد وأبو حنيفة وأصحابه يقاسمه ما في يده لأنه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أبينا وكان مأخذه المذكر ثلث أو أخذه بدعادية فيستوي في ما تبني ، وقال الشافعي رضي الله عنه وداود لا يلزمه في الظاهر دفع شيء إليه وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ علي قولين أصحابهما لا يلزمه لأنه لا يرث من لا يثبت نسبه وعلى قول الذي يلزمه دفع شيء إليه ففي قدره وجهان كالمذهبين المتقدمين ولنا على الشافعي رضي الله عنه أنه أقر بحق لمدعية يمكن صدقه فيه وبد المقر عليه وهو ممكن من دفعه إليه فيلزمه ذلك كما لو أقر بمعين ولأنه إذا علم أن هذا أخوه فله ثلث التركة ويتعين استحقاقه لها في يده ببعضه وصاحبه يطلبه فلزمه دفعه إليه وحرم عليه منعه منه كافي سائر المواضع وعدم ثبوت نسبه في

(مسئلة) (ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيبه فيقتسموه)

اختاره ابن اللبان لأنه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوني وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسئلة الحياة وهي متيقنة ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل إن جاز ذلك فالأولى أن تقسم المسئلة على تقدير الحياة ويقف نصيب المفقود لا غير قال شيخنا والأول أصح إن شاء الله تعالى فإن الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقه ويقين الحياة متعارض بظهور الموت فينبغي أن يوقف كالزائد عن اليقين في مسائل الحمل والاستهلال فعلى هذا يجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لأنه حقهم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه كذلك ولأن تجوز أخذ الإنسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بنير إذنه وظاهر قول الوني هذا أنه يقسم المسئلة على أنه حي ويقف نصيب المفقود لا غير وقال بعض أصحاب الشافعي يقسم المال على الموجودين لأنهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يرث ، مع الشك وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنتيه وابن ابن أبوه مفقود والمال في أيدي البنتين فاختصموا إلى القاضي : فإنه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً سواء اعترف البنتان بفقده أو ادعيا موته وإن كان المال في يد ابن المفقود لم تعط الابنتين إلا النصف أقل ما يكون لهما فإن كان المال في يد أجنبي فأقر بأن الابن

الظاهر لا يمنع وجوب دفعه اليه كما لو غصبه شيئا ولم تقم البيعة بنصبه ولذا على أبي حنيفة أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء معين ولأنه حق يتعلق بحل مشترك باقرار أحد الشرىكين فلم يلزمه أكثر من قسطه كما لو أقر أحد الشرىكين على العبد بجنابة فعلى هذا إذا خاف ابنين فأقر أحدهما باخ نال فقر له ثلث مافي يد المقر وهو سدس المال لانه يقول نحن ثلاثة لكل واحد منا الثلث وفي يدي النصف ففضل في يدي ثلث السدس فيدفعه اليه وهو ثلث مافي يده ، وفي قول أبي حنيفة يدفع اليه نصف مافي يده وهو الربع ، وان أقر باخت دفع اليها خمس مافي يده لانه يقول نحن اخوان وأخت فللك الخمس من جميع المال وهو خمس مافي يدي وخمس مافي يد أخي فيدفع اليها خمس مافي يده وفي قولهم يدفع اليها ثلث مافي يده

(فصل) وان أقر جميع الورثة بوارث أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة وهذا قول النخعي والشافعي رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة ومالك وابن أبي ليلى والحسن بن صالح لا يثبت نسبه ، والمشهور عن أبي يوسف انه لا يثبت النسب الا باقرار ابنين ذكرين كانا أو اثنين عدلين أو غير عدلين ونحوه عن مالك ، وروى ابن القبان قال أشعث بن سوار عن رجل من اهل المدينة قال جاء رجل وأخته الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومعهما صبي فقالا هذا اخونا فقال لألحق بأبيكما من لم يقر به

مفقود وقف له النصف على يديه وان قال قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين الى البنيتين وبوقف الثالث الا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الاول مسائل ذلك زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسألة الموت من سبعة وعشرين لانها الاكدرية ومسئلة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالاتساع فتضرب تسع أحدهما في الاخرى تكن أربعة وخمسين الزوج النصف من مسألة الحياة والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث وللأم التسعان من مسألة الموت والسدس من مسألة الحياة فتعطى السدس وللجد ستة عشر سهما من مسألة الموت وتسعة من مسألة الحياة فيأخذ التسعة وللأخت ثمانية من مسألة الموت وثلاثة من مسألة الحياة فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة ان بان الاخ حيا أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وان بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه أخذت الام ثلاثة والاخت خمسة والجد سبعة هذا على الرواية التي تقول إن الموقوف للمفقود برد الى ورثة الاول واختار الخبري أن المدة اذا مضت ولم يتبين أمره أنه يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته وهو ستة يبقى تسعة وهي الرواية الثانية لانه كان محكوماً بحياته لانها اليقين وانما حكمنا بموته بمضي المدة ووجه الاولى أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا نعلم حاله فاذا لم يتبين حياته لم يكن لورثته كالموقوف للحمل وللورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة ، زوج وأبوان وابنتان

ولنا إن عبد الله بن زمة ادعى نسب ولد وريدة أبيه وقال هذا أخي ولد على فراش أبي ، فقبل النبي ﷺ قوله وأثبت النسب به ، ولأن الوارث يقوم بمقام موروثه بدليل أنه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين وغيره كذا النسب ، ولأن الوارث يخلف الموروث في حقوقه وهذا منها ، ولا خلاف بينهم في وجوب دفع ميراثه إليه إلا أن يكون المقر به يسقط المقر كأخ يقر بابن أو ابن ابن أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين فإن الثاني في ظاهر مذهبه أثبت النسب ولم يورثه لثلاث يكون إقراراً من غير وارث فتبوت ميراثه يفضي إلى سقوط نسبه وميراثه

ولنا أنه إقرار من كل الورثة يثبت به النسب بمن يرث لو ثبت نسبه بغير إقراره فيجب أن يرث كما لو لم يسقطه ، ولأنه ابن ثابت النسب لم يمنع إرثه مانع متفق عليه أشبه ما لو ثبت بينة والاعتبار بكونه وارثاً حالة الإقرار أو بكونه وارثاً لولا الإقرار بدليل أنه لو اعتبر الحال الثاني لم يثبت النسب إذا أقر بشارك في الميراث لأنه يكون إقراراً من بعض الورثة ، فإن قالوا إنما ثبت لأن المقر به أيضاً يقر بنفسه مدح لنسبه ، قلنا وهما مثله فاستويا

(فصل) إذا خلف ابنا واحداً فأقر بأخ من أبيه دفع إليه نصف مافي يده في قول الجيم فإن أقر بعد بآخراً فأنفقا عليه دفعا إليه ثلث مافي أيديهما في قول الجيم فإن أنكر المقر به ثانياً المقر به الأول لم يثبت نسبه ، قال القاضي هذا مثل للعامة تقول ادخني أخرجك ، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث مافي أيديهما لأنه لم يقر به بأكثر منه وقال الشافعي رضي الله عنه يلزم المقر أن يقرم له نصف التركة لأنه أتلفه عليه بإقراره الأول ، ويحتمل أن لا يبطّل نسب الأول لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الإقرار فإن لم يصدق به

مفقودتان مسألة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة أحدهما من ثلاثة عشر وفي موتهما من ستة فتضرب ثلث الستة وهي اثنان في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثاً وتسعين ثم تعطى الزوج والابوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروباً في اثنين ثم في ثلاثة عشر ويقف الباقي وإن كان في المسألة ثلاثة مفقودون لهم أربع مسائل فإن كانوا أربعة عمات لهم خمس مسائل وعلى هذا فإن كان المفقود يحجب ولا يرث كزوج وأخت لابوين وأخت لاب وأخ لها مفقود وقفت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الابوين وقيل لا يوقف هنا شيء وتعطى الأخت من الأب السبع لأنها لا تحجب بالشك كما لا تورث بالشك والأول أصح لأن دفع السبع إليها تورث بالشك وإيس في الوقف حجب يقينا إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الحيتين المشكوك فيهما ويمارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والأخت والابوين والتوسط بما ذكرناه أولى

(فصل) والاسير كالمفقود إذا انقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور وحكي عن سعيد بن المسيب والنخعي وقناة أنه لا يرث لأنه عبد والصحيح الأول لأن الكفار لا يملكون الأحرار والله سبحانه وتعالى أعلم

الاول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع اليه المقر ثلث ما بقي في يده لانه الفضل الذي في يده ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال لانه فوته عليه بدفع النصف الى الاول وهو يقر انه لا يستحق إلا الثلث وسواء دفعه اليه بحكم الحاكم أو بغير حكمه لان إقراره علة حكم الحاكم وسواء علم بالحال عند إقراره الاول أو لم يعلم لان العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف وحكي نحو هذا عن شريك ، ويحتمل انه إن علم بالثاني حين أقر بالاول وعلم انه اذا أقر به بعد الاول لا يقبل ضمن لتفويته حق غيره بتفريطه ، وإن لم يعلم لم يضمن لانه لم يجب عليه الاقرار بالاول إذا علمه ولا يجوز له إلى حاكم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن ، وقيل هذا قياس قول الشافعي

وقال أبو حنيفة ان كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالاخذ منه كرها ، وإن دفعه بغير حاكم دفع إلى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الى الاول ما ليس له تبرعا ، ولنا على الاول انه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الامام يد السارق فسرى إلى نفسه ، وإن أقر بهما بثلث فصدقا ثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم إذا كان مع كل واحد ثلث المال ، وإن كذبا لم يثبت نسبه وأخذ ربع ما في يد المقر به وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها ، وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة (فصل) ومتى أردت معرفة الفضل فاضرب مسألة الاقرار في مسألة الانكار ثم تضرب ما المقر

باب ميراث الخنثى

وهو الذي له ذكر وفرج امرأة أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول وينقسم الى مشكل وغير مشكل فمن تثبت فيه علامات الرجال أو النساء فيعلم أنه رجل أو امرأة فليس بمشكل وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة أو امرأة فيها خلقة زائدة وحكمه في ارثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه والذي لا علامة فيه مشكل

(مسألة) ويعتبر بماله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول ان بال من حيث يبول الرجل فهو رجل وإن بال من حيث يبول المرأة فهو امرأة روي ذلك عن علي ومعاوية وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد وأهل الكوفة وسائر أهل العلم وقال ابن اللبان روى السكبي عن أبي صالح عن ابن عباس أن النبي ﷺ سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث قال « من حيث يبول » وروي أنه عليه الصلاة والسلام أني بخنثى من الانصار فقال « ورثوه من أول ما يبول منه » ولان خروج البول أهم العلامات لوجودها من الصغير والكبير وسائر العلامات انما توجد بعد الكبر مثل نبات اللحية وخروج المنى والحيض وتفلك الشدي والحبل (فصل) فان بال منها جميعاً اعتبر بأسبقهما نص عليه أحمد وروي ذلك عن سعيد بن المسيب وبه

من مسألة الاقرار في مسألة الانكار إذا كانتا متباينتين وتضرب ما المنكر في مسألة الانكار في مسألة الاقرار فما كان بينهما فهو الفضل ، فان لم يكن في يده فضل فلا شيء للمقر له كـ ثلاثة أخوة مفترقين أقر الاخ من الام بأخ أو أخت فلا شيء للمقر له لانه يقر على غيره وسواء أقر بأخ من أم أو غيره ، وعند أبي حنيفة ان أقر بأخ من أم فله نصف ما في يده وان أقر بأخ من أبوين فالمقر به خمسة أسباع ما في يده ، وان كن ثلاث أخوات مفترقات فأقرت الاخت من الام بأخ فان كان في المسئلة عصبه فلا شيء له ، فان لم يكن فيها عصبه فله سدس ما بقي في يدها لان مسألة الانكار من خمسة والاقرار من ستة إذا ضربت إحداهما في الاخرى كانت ثلاثين لها سهم من مسألة الانكار في مسألة الاقرار ستة ولها في الاقرار خمسة بفضل في يدها سهم فهو للاخ من امي جهة كان وان أقرت الاخت من الاب بأخ لما صحت من تسعين لها عشرة وبفضل لاختها ثمانية ، وإن أقرت بأخ من أبوين دفعت اليه جميع ما في يدها ، وإن أقرت بأخ من أم أو بأم الميت أو جدة أو بهصبه فله سدس ما في يدها ، وإن خلف أربع أخوات من أب وعما فأقر الاخوات بأخ لمن فلا شيء له ، وإن أقرن بأخت من أبوين دفعت اليها ثلاثة أرباع ما في أيديهن وإن أقرن بأخت من أب فلها خمس ما في أيديهن وأيتهن أقرت وحدها دفعت اليها مما في يدها بتدر ذلك ، وإن أقرت إحداهن بأخ وأخت فمسئلة الاقرار من سبعة والانكار من ستة تضرب إحداهما في الاخرى تكن اثنين واربعين لها سهم في ستة وفي يدها سبعة

قال الجمهور فان خرجا معا اعتبر أكثرهما قال أحمد في رواية اسحاق بن ابراهيم يورث من المسكان الذي يبول منه أكثر وحكي هذا عن الاوزاعي وصاحبي أبي حنيفة ووقف في ذلك أبو حنيفة ولم يعتبره أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال قوم إذا خرجا معا اعتبر بأخهما انقطعا فان انقطعا معا اعتبر أكثرهما وقيل الاعتبار بالكثرة

ولنا انها مزية لاحدى العلامتين فيعتبر بها كالسبق فان استويا فهو حيثنشد مشكل

(مسئلة) (فان مات له من برته وكان يرعى انكشاف حاله وهو الصغير فان احتيج إلى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي في قول الجمهور حتى يبلغ فيظهر فيه علامات الرجال من نبات لحيته وخروج المنى من ذكره وكونه مني رجل أو علامات النساء من الحيض والحمل وتظلك الثديين نص عليه أحمد في رواية الميموني وحكي عن علي والحسن أنهما قالوا تعد أضلاعه فان أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضلع قال ابن اللبان ولو صح هذا لما أشكل حاله ولا احتيج إلى مراعاة البول وقال جابر بن زيد يوقف إلى جانب الحائط فان بال عليه فهو رجل وان شاشل بين فخذه فهو امرأة وليس على هذا تعويل والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله تعالى أنه يوقف أمره مادام صغيرا فان احتيج الى قسم الميراث أعطي هو ومن معه اليقين ووقف الباقي الى حين بلوغه فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى وتدفع الى كل وارث أقل النصيبين ويقف الباقي حتى يبلغ فان مات قبل بلوغه

يفضل في يدها سهم لهما ، وإن أقر الأربع بهما فضل لهما أربعة أسهم ، فإن كان المقر بهما يتصادقان اقتسامها بينهما أثلاثا فإن تجاحدا فلا شيء للاخ لأنه يقر أنه لاحق له في الثلثين ويكون المقر به للاخت لأنها تدعي خمس الثلثين ، وإن جحدته ولم يجحدها لم يلتفت إلى جحدها لاقرار الأخوات المعروفات وإن جحدتها ولم تجحدها احتمل أن يكون المقر به لها لاقراره بأنه لا يستحق شيئا من الثلثين وكونها تدعي من الثلثين مثل هذه الفضلة ويحتمل أن لا يستحق إلا ثلث أربعة أسهم لاقرارها بها للاخ والاول أولى إن شاء الله تعالى

وإن أقر العم بأخت أو أخوات من أب أو أبوين فلا شيء لهم ، وإن أقر بأخ أو أخت من أم أو بأم أو جدة فلمقر له السدس ، وإن أقر بأخ من أبوين أو من أب أو بابين من ولد لام فلهم جميع ما في يده ، وإن خلف أما وأخا من أبوين فأقرت الأم بأخ من أم أو من أبوين فله السدس وهو نصف ما في يدها وإن أقرت بأخ من أب فصدقتها الاخ من الأبوين فله السدس وهو نصف ما في يدها ولا شيء للمقر له وإن لم يصدقتها فقد أقرت له بما لا يدعيه فيحتمل أن يقر في يدها ولا يصح اقرارها ويحتمل أن يصطالحا عليه لأنه لا يخرج عنها وقد أشكل أمره ويحتمل أن يكون لبيت المال لأنه مال لم يثبت له مستحق ولا يدعيه أحد ، فإن أقر الاخ بأخ له من أبوين فله ثلاثة أثمان ما في يده لأن مسألة الاقرار من اثني عشر له منها خمسة وفي يده ثمانية فالفاضل في يده ثلاثة

(فصل) إذا خاف ابنين فأقر الأكبر بأخوين فصدقه الأصغر في أحدهما ثبت نسب المذني عليه

أو بلغ مشكلا ورث نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى نص عليه أحمد وهو قول ابن عباس والشعبي وابن أبي ليلى وأهل المدينة ومكة والثوري والأولاد وشريك والحسن بن صالح وأبي يوسف ويحيى بن آدم وضرار بن سردون عيم بن حماد وورثه أبو حنيفة بأسول حالته والباقي لسائر الورثة وأعطاه الشافعي ومن معه اليقين ووقف الباقي حتى يتبين أمره أو يصطلحوا وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين وبعضهم بالدعوى من أصل المال وفيه أقوال شاذة سوى هذه .

ولنا قول ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة منكر ولأن حالته تساوى فوجب التسوية بين حكمها كما لو ادعاه نكاحان داراً بأيديهما ولا بينة لهما وليس تورثه بأسول أحواله بأولي من تورث من معه بذلك فتخصيصه بهذا الحكم لا دليل عليه ولا يميل إلى الوقف لأنه لا غاية له تنتظر وفيه تضييع للمال مع يقين استحقاقهم له

(مسألة) (فإذا كان ابن وبنت وولد خنتى جعلت للبنت أقل عدد له نصف وهو سهمان وللذكر أربعة وللخنتى ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهذا قول الثوري والأولاد في هذه المسئلة وفي كل مسألة فيها ولد إذا كان فيهم خنتى قال شيخنا وهذا قول لا بأس به وذهب أكثر من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى فتعمل المسئلة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى

فصاروا ثلاثة ومسئلة الأقرار إذا من ثلاثة ومسئلة الانكار من أربعة فتضرب مسئلة الأقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر للاصغر سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الأقرار أربعة وللأكبر سهم في مسئلة الانكار ثلاثة والمتفق عليه إن أقر بصاحبه مثل سهم الأكبر وإن أنكر مثل سهم الأصغر. وذكر أبو الخطاب أن المتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر إلا ربع مالي يده لانه لا يدعي أكثر منه يأخذ هو والمختلف فيه من الأكبر نصف ما يده فتصح من ثمانية المنكر ثلاثة أثمان وللمقر سهمان وللمتفق عليه سهمان والآخر سهم

وذكر ابن القبان أن هذا قياس قول مالك والشافعي رضي الله عنه وفي هذا نظر لان المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر من يدعي الزيادة فوجب دفعها اليه ونظير هذا مالو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له إنما هي لهذا المدعي قائمها تدفع اليه

وقد رد الخبري على ابن القبان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها اليه قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه إلى النصف الذي ييسد المقر بهما فيتمسك به أثلاثاً وتصح من تسعة للمنكر ثلاثة ولكل واحد من الآخرين سهمان وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا ولا يستقيم هذا على قول من لم يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لان المقر بهما والمتفق عليه

وتضرب احدهما في الاخرى ان تباينتا أو في رفقتهما ان اتفقتا ويجتزئ بهما ان تماثلتا وبأكثرهما ان تناسبتا وتضربهما في اثنين ثم تجمع مالكل واحد منهما ان تماثلتا وتضرب مالكل واحد من احدهما في الاخرى ان تباينتا أو في رفقتهما ان اتفقتا، وهذا اختيار أصحابنا ويسمى مذهب المنزليين، وقول الشوري يوافق قول أصحابنا في بعض المواضع وبخالفه في بعضها، ويان اختلافهما اننا نجهل المسئلة المذكورة على قول الشوري من تسعة للخشي الثلث وهو ثلاثة، وعلى قول أصحابنا مسئلة المذكورة من خمسة والانوثية من أربعة ولا موافقة بينهما تضرب احدهما في الاخرى تكن عشرين ثم في اثنين تكن أربعين، فليبت سهم في خمسة وسهم في أربعة تسعة، ولذا ذكر ثمانية عشر وللخشي سهم في خمسة وسهمان في أربعة ثلاثة عشر وهي دون ثلث الاربعين، وقوله من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزليين في أكثر المواضع فإنه يقول في هذه المسئلة للذكر الحسان يقيين وذلك ستة عشر من أربعين وهو يدعي النصف عشرين والبنات الخمس يقيين ثمانية وهي تدعي الربع وللخشي الربع يقيين وهو يدعي الخمسين ستة عشر، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخشي كلها فتعطيها نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه صار له ثلاثة عشر والابن يدعي أربعة فتعطيها نصفها اثنين صار له ثمانية عشر والبنات تدعي سهمين فيدفع اليها سهمان صار لها تسعة ومن ورثه بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسئلة من ثلاثة وعشرين لان المدعي ههنا

لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان ، وقبل يدفع الأكبر اليهما نصف ما في يده وبأخذ المتفق عليه من الأصغر ثلث ما في يده فيحصل للأصغر الثلث والأكبر الربع والمتفق عليه السدس والثلث والمختلف فيه الثمن ونصح من أربعة وعشرين للأصغر ثمانية والمتفق عليه سبعة والأكبر ستة والمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذا

(فصل) إذا خلف ابنا فأقر بأخوين دفعة واحدة فتصادقا ثبت نسبهما وإن تباحدا فكذلك في أحد الوجهين لانه نسبهما ثبت باقرار من هو كل الورثة قبلهما ، وفي الآخر لا يثبت لان الاقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده ، وإن صدق أحدهما بصاحبه وجعله الآخر ثبت نسب المتفق عليه : وفي الآخر وجهان ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما بقي في يده

(فصل) ولو خاف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصده أحد أخويه في الآخر في الأخت لم يثبت نسبهما ويدفع المقر بهما اليهما ثلث ما في يده ويدفع المقر بالأخ إليه ربع ما في يده ويدفع المقر بالأخت اليهما سبع ما في يده فأحصل المسئلة ثلاثة أحدهم سهم المقر يقسم بينه وبينهما على تسعة فله ستة ولهما ثلاثة وسهم المقر بالأخ بينهما على أربعة له ثلاثة ولأخيه سهم وسهم المقر بالأخت بينه وبينهما على ستة له خمسة ولها سهم وكلها متباينة فأضرب أربعة في سبعة في تسعة

نصف وربع وخمسان ومخرجها عشرون بعلي الابن عشرة ولبنات خمسة والخش ثمانية فتكون ثلاثة وعشرين فإن لم يكن في المسئلة بنت ففي قول الثوري هي من سبعة وكذلك قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال ، وفي التنزيل من اثني عشر للابن سبعة والخش خمسة وهو قول من ورثه بالدعوى فيما عدا البنين وإن كانت بنت ولد خش ولا عصبة معها فهي من خمسة في قول الثوري ومن اثني عشر في التنزيل ، وإن كان معها عصبة فهي من ستة والخش ثلاثة ولبنات سهمان والعصبة سهم في الأقوال الثلاثة فإن كان معها أم وعصبة فهي من ستة والثلاثين للام ستة والخش ستة عشر ولبنات أحد عشر والعصبة ثلاثة وقياس قول الثوري أن يكون للخش ولبنات ثلاثة أرباع المال بينهما على خمسة وللأم السدس ويقتضي نصف السدس للعصبة ونصح من ستين للام عشرة والعصبة خمسة ولبنات ثمانية عشر والخش سبعة وعشرون فإن كان ولد خش وعصبة فلخش ثلاثة أرباع المال والباقي للعصبة إلا في قول من ورثهما بالدعوى من أصل المال فإنه يجعل المال بينهم اثلاثا لأن الخش يدعي المال كله والعصبة تدعي نصفه فتضيف النصف إلى السكل فيكون ثلاثة أنصاف لسكل نصف ثلث بنت وولد ابن خش وعم هي في التنزيل من اثني عشر وترجم بالاختصار إلى ستة للبنات النصف والخش الثلث وللعلم السدس

(فصل) فإن كان الخش يرث في حال دون حال كزوج وأخت لابوين وولد أب خش ففتنفي

في اصل المسئلة تكن سبعائة وستة وخمسين المقر بهما ستة في اربعة في سبعة مائة وثمانية وستون والمقر بالاخت ستة في اربعة في تسعة مائتان وستة عشر والمقر بالاخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة وتسعة وثمانون وللأخ المقر به سهمان في اربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في ستة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر والاخت سهم في اربعة في سبعة ثمانية وعشرون وسهم في اربعة في تسعة ستة وثلاثون فيجتمع لها اربعة وستون ولا فرق بين تصادقهما وتجاورهما لانه لا فضل في يد احدهما عن ميراثه ولو كان في هذه المسئلة ابن رابع لم يصدق في واحد منهما كان اصل المسئلة من اسهم على احد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم ينفرد به الجاهل فتصح المسئلة بنصف وتسعائة وثمانين سهما وطريق العمل فيها كالتى قبلها

(فصل) إذا خلف بنتا واختا فأقر بالصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الاخت هي بنت فلها ثلث ما في يد الاخت لا غير ، وهذا قول ابن أبي ليلى ولمحمد بن الحسن والأوزاعي وبجى بن آدم تحييط كثير يطول ذكره ، وان خلف امرأة وبنتا واختا فأقرن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الاخت هي أخت فقال الخبري تنطى ثلث المال لانه أكثر ما يمكن أن يكون لها وبؤخذ من المقرات على حسب إقرارهن وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الاخت بأربعة ونصف وأقرت المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم منها ثمانية وهي أربعة أخماسها فخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين قول الثوري أن يجعل للختى نصف ما يرثه في حال ارثه وهو نصف سهم فضمه إلى سهام الباقيين وهي ستة ببسطها انصافا ليزول الكسر فتصير ثلاثة عشر له منها سهم والباقي بين الزوج والاخت نصيبين وقد عمل ابر الخطاب هذه المسئلة على هذا في كتاب الهداية ، وأما التنزيل فيصح من ثمانية وعشرين للختى سهمان وهي نصف سهم واكمل واحد من الآخرين ثلاثة عشر وإن كان زوج وأم واخوان من أم وولد أب ختى فله في حال الانوثة ثلاثة من تسعة فاجعل له نصفها مضموما إلى سهام باقي المسئلة ثم ابسطها تكن خمسة عشر له منها ثلاثة وهي الخمس وفي التنزيل له ستة من ستة وثلاثين وهي السدس ، وإن كانت بنت وبنت ابن وولد أخ ختى وعم فهي من ستة للبنت النصف وللبنت الابن السدس وللختى السدس ولعم ما يتي على القولين جميعا

(فصل) قال الخبري اعلم أن الذين يكونون خنأى من الورثة ستة . الولد وولد الابن والاخ وولده والعم وولده فأما الزوجان والابوان والجدان فلا يتصور ذلك فيهم . فالخلاف يقع في ثلاثة لا غير الولد وولد الابن والاخ فأما الثلاثة الاخر فليس للارث منهم ميراث فيكون للختى منهم نصف ميراث ذكر بلا خلاف

(مسئلة) (فان كانا ختيتين أو أكثر نزلتهم بعدد أحوالهم في أحد الوجهين فتجعل للثنتين أربعة أحوال وثلثا ثمانية وللاربعة ستة عشر وللخمس اثنتين وثلثين حالاً ثم تجمع ما لهم في الاحوال كلها

ومنها نصح فاذا بلغت الصغيرة فصدقت إحداهن أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به وإذا بلغت فصدقت إحداهن أمسكت ما أخذت منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليهما، وهذا القول أصوب إن شاء الله تعالى لأن فيه احتياطاً على حقها. ثلاثة أخوة لاب ادعت امرأة أنها اخت الميت لآبيه وأمه فصدقها الأكبر وقال الأوسط هي اخت لام وقال الأصغر هي اخت لاب فان الأكبر يدفع إليها نصف ما في يده ويدفع إليها الأوسط سدس ما في يده ويدفع إليها الأصغر سبع ما في يده، وتصح من مائة وستة وعشرين لأن أصل مسئلتهم ثلاثة فمسئلة الأكبر من اثنين والثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الأكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الأوسط سدسه سبعة ومن الأصغر سبعة سنة صار لها أربعة وثلاثون، وهذا قياس قول ابن أبي ليلى وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الأصغر فيضم نصيبه إلى ما يبد أحدهما ونصفه إلى ما يبد الآخر ويقامم الأوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فيضم الثلاثة إلى ما يبد الأكبر ويقاسمه ما يبد على أربعة لها ثلاثة وله سهم فاجعل في يد الأصغر أربعة عشر ليكون أسبعه نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنين

فتقسمه على عدد أحوالهم فما خرج بالنسب فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة وإن كانوا من جهات جهت ما لكل واحد منهم في الأحوال وقسمته على عدد الأحوال كلها فالخارج بانقسم هو نصيبه. هذا قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم، وقول محمد بن الحسن على قياس قول الشعبي والوجه الآخر أنهم ينزلون حالين مرة ذكراً ومرة أنثى كما يصح في الواحد وهو قول أبي يوسف واختاره أبو الخطاب والاول أولى لأنه يعطى كل واحد بحسب ما فيه من الاحتمال فيعدل بينهم، وفي الوجه الآخر يعطى بعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لا دليل عليه، وبيان ذلك في ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم إن كانا ذكراً فلولد للولد، وإن كانا أنثىين فالبنت النصف والباقي للعم فهي من أربعة عند من نزلهم حالين للولد ثلاثة أرباع المال ولعم ربعه، ومن نزلهم أحوالاً زاد حالين آخرين، هو أن يكون الولد وحده ذكراً وولد الأخ وحده ذكراً فتكون المسئلة من ثمانية للولد المال في حالين والنصف في حالين فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال ولولد الأخ نصف المال في حال فله ربعه وهو الثمن ولعم مثل ذلك وهذا أعدل، ومن قال بالدعوى فيما زاد على البنتين قال للولد والنصف يقينا والنصف الآخر يتداعونه فيكون بينهم اثلاثاً، وتصح من ستة وكذلك الحكم في أخ خنثى وولد أخ، وفي كل عصبتين يحجب أحدهما الآخر ولا يرث المحجوب شيئاً إذا كان أثنى ولو خلف بتا وولد أم خنثى وولد ابن خنثى وعصبة فنزلها حالين جعلها من ستة الولد الخنثى ثلاثة والبنت

(المغني والشرح الكبير) (٢٠) (الجزء السابع)

وَمَنْ يَنْفِي هَذَا مَا يَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ تَأْخُذُ مِنَ الْأَصْفَرِ سَبْعَةً وَهُوَ سِتَّةٌ وَعَشْرُونَ تَضُمُّ إِلَى مَا يَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ أَخَوَاتِهِ ثَلَاثَةَ عَشَرَ فَيَصِيرُ مَعَهُمْ مِائَةٌ وَخَمْسَةٌ وَتِسْعُونَ وَتَأْخُذُ مِنَ الْأَوْسَطِ مِنْهَا ثَلَاثَةٌ مِنْ ثَلَاثَةِ عَشَرَ وَهِيَ خَمْسَةٌ وَارْبَعُونَ تَضُمُّهَا إِلَى مَا يَدَّ الْأَكْبَرُ يَصِيرُ مَعَهُ مِائَتَانِ وَارْبَعُونَ فَتَأْخُذُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا وَهِيَ مِائَةٌ وَتَمَانُونَ وَيَبْقَى لَهُ سِتْرُونَ وَيَبْقَى لِلْأَوْسَطِ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ وَلِلْأَصْفَرِ مِائَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَخَمْسُونَ وَتُرْجَعُ بِالْإِخْتِصَارِ إِلَى سِدْسِهَا وَهُوَ أَحَدٌ وَتِسْعُونَ

(فصل) وَإِذَا خَلَفَ ابْنًا فَاقْرَأْ أَخًا ثُمَّ جَدَّهُ لَمْ يَقْبَلْ جَدَّهُ وَلِزِمَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا يَدُّهُ فَإِنْ أَقْرَبَهُ جَدَّهُ بَأَخٍ آخَرَ احْتَمَلُ أَنْ لَا يَلْزِمَهُ لَهُ شَيْءٌ لَأَنَّهُ لَا فَضْلَ فِي يَدِهِ عَنْ مِيرَاثِهِ ، وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْفَعَ إِلَى الْأَوَّلِ شَيْئًا لَزِمَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا يَدُّهُ وَلَا يَلْزِمُهُ لِلْآخِرِ شَيْءٌ وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَلْزِمَهُ دَفْعُ النِّصْفِ الْبَاقِي كُلَّهُ إِلَى الثَّانِي لَأَنَّهُ قُوَّةٌ عَلَيْهِ وَهَذَا قَوْلُ زُفَرٍ وَبَعْضُ الْبَصْرِيِّينَ وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَلْزِمَهُ ثَابِتٌ مَا فِي يَدِهِ لِأَنَّهُ الْفَضْلُ الْقَدِيمُ فِي يَدِهِ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهِمْ ثَلَاثَةً فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ لَوْ أَقْرَبَ مِنْ غَيْرِ جَدِّهِ الْأَوَّلِ وَهَذَا أَحَدُ الْوُجُوهِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَقَالَ أَهْلُ الْعِرَاقِ إِنْ كَانَ دَفْعُ إِلَى الْأَوَّلِ قَرْضًا دَفْعًا إِلَى الثَّانِي نِصْفَ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ وَإِنْ كَانَ دَفْعُهُ بِنَهْزٍ قَرْضًا دَفْعًا إِلَى الثَّانِي ثَلَاثُ جَمِيعِ الْمَالِ وَازْخَلَفَ ابْنُ قَافِرٍ أَحَدَهُمَا بِأَخٍ ثُمَّ جَدَّهُ ثُمَّ أَقْرَبَ بَأَخٍ آخَرَ لَمْ يَلْزِمَهُ الثَّانِي شَيْءٌ لَأَنَّهُ لَا فَضْلَ فِي يَدِهِ ، وَعَلَى الْإِحْتِمَالِ لِلثَّانِي أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ نِصْفَ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ وَعَلَى الثَّلَاثِ يَلْزِمُهُ رُبْعُ مَا بَقِيَ فِي يَدِهِ وَلَا يَثْبُتُ نِسْبٌ وَاحِدٌ مِنْهَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَيُثْبِتُ نِسْبٌ الْمُقَرَّبُ إِلَى الْأَوَّلِ فِي الْمَسْئَلَةِ الْأُولَى دُونَ الثَّانِي

(فصل) إِذَا مَاتَ رَجُلٌ وَخَلَفَ ابْنَيْنِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا وَتَرَكَ ابْنًا فَاقْرَأِ الْبَاقِي بِأَخٍ لَهُ مِنْ أَبِيهِ فِي يَدِهِ

سَهْمَانِ وَالْبَاقِي لِلْعَمِّ ، وَمَنْ نَزَلَهُمَا أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ جَعَلَهَا مِنْ اثْنِي عَشَرَ وَجَعَلَ لَوْلَا ابْنِ نِصْفِ السُّدُسِ وَلِعَمِّ مِثْلِهِ ، وَهَذَا أَعْدَلَ الطَّرِيقَيْنِ لِمَا فِي الطَّرِيقِ الْآخَرِ مِنْ اسْتِقْطَارِ لَوْلَا ابْنِ مَعَ أَزْوَاجِهِمْ تَوَرُّثُهُ كَأَحْتِمَالِ تَوَرُّثِ الْعَمِّ وَهَكَذَا تَصْنَعُ فِي اثْلَاثَةٍ وَمَا زَادَ وَيَكْفِي هَذَا الْقَدْرُ مِنْ هَذَا الْبَابِ فَإِنَّهُ نَادِرٌ قَلِيلٌ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ وَاجْتِمَاعُ خَتَنَيْنِ وَأَكْثَرُ نَادِرٍ نَادِرٍ وَلَمْ يَسْمَعْ بِوُجُودِهِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّطَوُّلِ فِيهِ

(فصل) قَالَ شَيْخُنَا (وَقَدْ وَجَدْنَا فِي عَصْرِنَا شَيْئًا شَبِيهَا لِمَا يَذْكُرُهُ الْفَرَضِيُّونَ وَلَمْ يَدْعُوا بِهِ قَانًا وَجَدْنَا شَخْصَيْنِ لَيْسَ لِهَمَا فِي قَبْلِهَا مَخْرَجٌ وَلَا ذَكَرٌ وَلَا فَرْجٌ أَمَّا أَحَدُهُمَا فَذَكَرُوا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ فِي قَبْلِهِ إِلَّا لَحْمَةٌ نَابِتَةٌ كَالزُّبُورَةِ وَبَرَشَّحَ الْبُولُ مِنْهَا رَشْحًا عَلَى الدَّوَامِ وَأَرْسَلَ الْبِنَا يَسْأَلُنَا عَنْ الصَّلَاةِ وَالتَّحَرُّزِ مِنَ النَّجَاسَةِ فِي سِتَّةٍ عَشَرَ وَسِتْمِائَةٍ ، وَالثَّانِي لَيْسَ لَهُ إِلَّا مَخْرَجٌ وَاحِدٌ فِيمَا بَيْنَ الْمَخْرَجَيْنِ مِنْهُ يَنْقُطُ وَمِنْهُ يَبُولُ وَسَأَلَتْ مِنْ أَخْبَرْتِي عَنْهُ عَنْ زِيهِ فَأَخْبَرْتِي أَنَّهُ يَلْبَسُ لِبَاسَ النِّسَاءِ وَيَخْطِطُ بِرِجْلِهِ وَمِنْهُ يَبُولُ وَنَفْسُهُ أَمْرَاءٌ ، قَالَ وَحَدَّثَتْ أَنَّ فِي بِلَادِ الْعَجَمِ شَخْصًا لَيْسَ لَهُ مَخْرَجٌ أَصْلًا قَبْلَ وَلَا دُبُرًا نَمَاتِيًا مَائِيًا كُلَّهُ وَيُسْرِبُهُ فَبُذِلَ وَمَا أَشْبَهَ فِي مَعْنَى الْحَشْيِ لَكِنَّهُ لَا يُمْكِنُ اعْتِبَارُهُ بِمَا لَا فَانَ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَامَةٌ أُخْرَى فَهِيَ مُشْكَلٌ يَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ لَهُ حُكْمُهُ فِي مِيرَاثِهِ وَأَحْكَامِهِ كُلِّهَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ

ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربعا وسدسا فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به ، وإن أقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي تزعم أن لها السدس فيفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة إن أقر الاخ دفع إليه نصف مالي يده ، وإن أقرت البنت دفعت إليه خمسة أسباع ما في يدها لأنها تزعم أن له ربعا وسدسا وهو خمسة من اثني عشر ولها السدس وهو سهمان فيصير الجميع سبعة لها منها سهمان وله خمسة. بنتان وعم مانت إحداهما وخلفت ابنا وبنتا فأقرت البنت بخاتمة نفريضة الانكار من تسعة وفريضة الاقرار من سبعة وعشرين ولها منها سهمان وفي يدها ثلاثة فتدفع اليها سهماء ، وإن أقر بها الابن دفع اليها سهمين وإن أقرت بها البنت الباقية دفعت اليها التسع وإن أقر بها العم لم يدفع اليها شيئا ، وإن أقر الابن بخال له فمسئلة الاقرار من اثني عشر له منها سهمان وهما السدس يفضل في يده نصف تسع وإن أقرت به أخته دفعت اليه ربع تسع فإن أقرت به البنت الباقية فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع اليه نصف السدس وإن أقر به العم دفع اليه جميع مالي يده . ابنان مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بأمر لأبيه ففريضة الانكار من أربعة المقر منها ثلاثة أرباعها وفريضة الاقرار من اثنين وسبعين المقر منها أربعون يفضل في يده أربعة عشر سهما يدفعها إلى المرأة التي أقر لها ، وترجع بالاختصار إلى ستة وثلاثين المقر منها عشرون ولابنت تسعة والمقر لها سبعة ، ومذهب أبي حنيفة تعمل كذلك إلا أنه يجمع سهام الام وهي سبعة

باب ميراث الخرق ومن ممتي موتهم

إذا مات متراثران كاخترقي والهدمي وجهل أولهما موتا واختلفت ورأهما في السابق منها فقد نقل عن أحمد رحمه الله في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته ، وقال آخرها مات ابني فورثته ثم ماتت فورثناها أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ويكون ميراث الابن لآبيه وميراث المرأة لآخيهما وزوجها نصفين ذكرها الخرق ، وهذا يدل على أن ميراث كل ميت يقسم على الأحياء من ورثته دون من مات معه روي ذلك عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس والحسن بن علي رضي الله عنهم ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والاوزاعي ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم ابن عمير وعبد الرحمن بن عوف فيحتمل أن يكون ما روي عن أحمد في المسئلة التي ذكرها الخرق أن يجعل هذا رواية عنه في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا فأما مع الجهل فيورث كل واحد منهما من الآخر لأن مع اتداعي يتوجه اليقين على المدعى عليه فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كما في سائر الحقوق بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل فلا يتوجه اليقين لأن اليقين لا يشرع في موضع اتفقوا على الجهل به ،

عشر إلى سهام المقر وهي أربعون فتقسم عليها ثلاثة أرباع المال فما أصاب كل واحد فهو له فتضرب سبعة وخمسين في أربعة تكن مائتين وثمانية وعشرين فلبنات سهم في سبعة وخمسين والمقر أربعون في ثلاثة تكن مائة وعشرين والأم سبعة عشر في ثلاثة أحد وخمسون، وإن أقرت بها البنات فلها من فريضة الافرار خمسة عشر سهماً وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر بفضل في يدها ثلاثة تدفعها إلى المقر لها. وإن أقر الابن بزوجته لآبيه زهية أم الميت الثاني فمسئلة الاقرار من سنة وتسعين لها منها سنة وخمسون وفي يده ثلاثة أرباع بفضل معه ستة عشر سهماً يدفعها إلى المقر لها ويكون له ستة وخمسون ولها ستة عشر ولبنات أربعة وعشرون وترجع بالاختصار إلى اثني عشر لأن سهامهم كلها تنفق بالآمان فيكون المقر سبعة والمقر لها سهران ولبنات ثلاثة، وفي قول أبي حنيفة يضم سهام المقر لها وهي تسعة عشر إلى سهام المقر فتكون خمسة وسبعين وتقسم عليها ثلاثة أرباع وهما مائتان بالثلاث فتخرج السهام إلى ثلثها خمسة وعشرين تضر بها في أربعة تكن مائة للبنات سهم في خمسة وعشرين وللرأة تسعة عشر في سهم والمقر ستة وخمسون، وما جاء من هذا الباب فهذا طريق له. ابوان وابنتان اقتسما التركة ثم اقروا ببنات للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة أبي فالفريضة في الافرار من ثمانية عشر للابوين سنة ولكل بنت أربعة فأسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى أربعة عشر للابوين منها ستة وإنما اخذنا ثلث الأربعة عشر وذلك أربعة اسهم وثلثا سهم فيبقى لهما في يد البناتين

وظاهر المذهب أن كل واحد منهما يرث صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه من الميت معه فيقدر أحدهما مات أولاً ويرث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه على الأحياء من ورثته ثم يصنع بالثاني كذلك قال أحد اذهب إلى قول عمر وعلي وشريح وإبراهيم والشعبي هذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول إياس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحيد الأعرج وعبد الله بن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق وحكي ذلك عن ابن مسعود. قال الشعبي وقم الطاعون بالشام عام حواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: أن ورثوا بعضهم من بعض، ووجه الرواية الأولى ما روى سعيد قال ثنا إسماعيل بن عياش عن يحيى بن سعيد أن قتيلاً البصرة وقلي صفين والحرة لم يورث بعضهم من بعض ورثوا عصبتهم الأحياء وقال ثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد ابن عمر فالتقت الصبيحتان في الطريق فلم يدرا أيهما مات قيل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها، وأن أهل صفين وأهل الحرة لم يتوارثوا، ولأن شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث وليس بمعلوم فلا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ولأنه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلم يرثه كالحل إذا وضعت ميتاً ولأن توريث كل واحد منهما خطأ قطعاً لانه لا يخول من أن يكون موتها معاً أو يسبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا يخالف للاجماع فكيف يعمل به؟ فإن قيل في

سهم وثلاث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في أربعة عشر تكن اثنين واربعين فقد اخذ الابوان أربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة يأخذانها منهما ويبقى للابنتين أربعة وعشرون وان قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثها خمسة وثلثا ويبقى لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان (فصل) اذا أقر بعض الورثة عن أعيال له المسئلة بمن يعصبه فيذهب العول مثل مسئلة فيها زوج وأختان أقرت أحدهما باخ لها فاضرب مسئلة الافرار وهي ثمانية في مسئلة الانكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للمنكرة سهمان في مسئلة الافرار ستة عشر والفقرة سهم في مسئلة الانكار سبعة يفضل في يدها تسعة أسهم فيستل الزوج فان أنكر أعطي ثلاثة في ثمانية أربعة وعشرون ودفعت المقررة إلى المقر له ما فضل في يدها كله وإن أقر الزوج به فهو يدعي أربعة والاخ يدعي أربعة عشر فتجمعها تكن ثمانية عشر وتقسم عليها التسعة فتدفع إلى الزوج سهمين وإلى الاخ سبعة ، فان أقرت الأختان به وأنكر الزوج دفع إلى كل أخت سبعة وإلى الاخ أربعة عشر ويبقى أربعة يقران بها للزوج وهو ينكرها ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) ان تقر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له

قطع التورث قطع توريث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لانه يحتمل موتهما معا فلا يكون منهما مسبوق ، وقد احتج أصحابنا لتلك الرواية بما روى إياس ابن عبد الله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال يرث بعضهم بعضا ، قال شيبخنا والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسؤول وإياس برواية عن النبي ﷺ هكذا رواه سعيد في سننه وحكاها الامام أحمد وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين يعطى كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الامر أو يصطلحوا وقال الخبري هذا هو الحكم فيما إذا علم صوت أحدهما قبل الآخر ولم يذكر فيه خلافا

(مسئلة) قال (فلو غرق اخوان أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو فن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد لمولاه وهو أحسن)

ومن ورث أحدهما من الآخر جعل ما لكل واحد منهما لمولى الآخر ومن قال بالوقف وقف مالهما ، وإن ادعى كل واحد منهما أن مولاه آخرهما مرة حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى الآخر وأخذ مال مولاه على ما ذكره الحرقي ، وإن كان لهما أخت فن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل لهما الثلثين من مال كل واحد منهما والنصف على القول الثاني ، وإن خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فن لم يورث بعضهم من بعض صححها من ثمانية لأمراته الثمن ولا بنته النصف والباقي لمولاه ومن ورثهم جعل الباقي لآخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الاولى فصحت من

(والثاني) يصطاح عليها الزوج والاختان له نصفها ولها نصفها لانها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها للاخ لانه لا يحتمل ان يكون له فيها شيء بحال

(الثالث) يؤخذ إلى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك ومذهب أبي حنيفة رضي الله عنه في الصورة الاولى ان أنكر الزوج أخذت المقرة سهميها من سبعة فتقسمها بينهما وبين أختها على ثلاثة فتضرب ثلاثة في سبعة تكن احدا وعشرين لهما منها ستة لها سهمان ولاختها اربعة ، وان اقر الزوج ضم سهامه الى سهميها تكن خمسة واقسمها بينهما على سبعة للزوج اربعة وللأخت سهم م فتضرب سبعة في سبعة تكن تسعة واربعين ومنها تصح للفقيرة سهمان في سبعة اربعة عشر وللزوج اربعة في خمسة وللأخت سهمان في خمسة ، فان خلفت اما زوجا واختا من اب فأقرت الأخت باخ لها فمسئلة الانكار من ثمانية ومسئلة الإقرار من ثمانية عشر ويتفقان بالأ نصاب فأضرب نصف احدهما في الأخرى تكن اثنين وسبعين للام ثمانية عشر وفي يد المقر سبعة وعشرون ولها من مسئلة الإقرار ثمانية بفضل في يدها تسعة عشر فيمثل الزوج فان أنكر أخذ الأخ ستة عشر وبقيت ثلاثة أسهم فيها الأوجه الثلاثة ، وان أقر فهو يدعي تسعة لانه يدعي تمام النصف والأخ يدعي ستة عشر فتضم التسعة الى الستة عشر تكن خمسة وعشرين والتسعة عشر لانوافها فتضرب

أربعة وستين لامرأته ثمانية ولا بنته اثنان وثلاثون وامرأة أخيه ثمن الباقي ثلاثة ولا بنته اثنا عشر ولولاء الباقي تسعة: أخ وأخت غرقا ولها أم وعم وزوجان فمن ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث الأخ بن امرأته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فما أصاب الأخت منها فهو بين زوجها وأما وأمه وأختها على ستة فصحت المثلثان من ثلاثة عشر لامرأة لاخ ثلاثة وللزوج لاخت ثلاثة والام أربعة بميراثها من لاخ واثنان بميراثها من الأخت ولعم سهم وميراث الأخت بين زوجها وأما ولأختها على ستة لأختها سهم بين امرأته وأمه وعمه على اثني عشر فتضربها في الاولى تكن اثنين وسبعين والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر والنفع لمن يرث منهما : ثلاثة أخوة لابوين غرقوا ولهم أم وعصبة تقدر موت أحدهم أولا فلا بد للسدس والباقي لأخيه فتصح من اثني عشر لكل واحد من أخوته خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فتضربها في الاولى تكن ستة وثلاثين للام من ميراث الأول ستة ومما ورثه كل واحد من الأخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الأخوين مثل ذلك ذكر هذه المسئلة أبو بكر. ثلاثة أخوة مفترقين غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لابويه تقدر موت الأخ من الابوين أولا عن أخته من ابويه وأخوته من أبيه وأخوته من أمه فصحت مسئلته من ثمانية عشر لأخيه من أمه منها ثلاثة بين أخته من أبيه وأخته من أمه على أربعة وأصاب الأخ منها اثنان بين أخيه من أبيه وأخيه من أبيه على أربعة فتجتزي بإحدهما وتضربها في الأخرى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الأخ من الام عن أخت لابوين وأخ

خمس وعشرين في اثنين وسبعين تكن الفا ومائة ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في خمس وعشرين ومن له شيء من خمس وعشرين مضروب في تسعة عشر. وسئل المغيرة الضبي عن هذه المسئلة فأجاب بهذا وذكر أنه قول النخعي ، قال يحيى بن آدم وهي في قول حماد وأبي حنيفة من عشرين سهماً يعني للام ربعها خمسة والباقي بين الزوج والاخ والاخت على قدر سهامهم من فريضة الافرار الزوج تسعة وللأخ أربعة وللأخت سهمان ، وإن صدقتها الام وحدها دون الزوج أعطيت الام السدس والاخ والاخت الثلث بينهما على ثلاثين الزوج ثلاثة أمان ويبقى الثلث فيه لأوجه الثلاثة (فصل) وإن أقر وارث بمن لا يرث وبسقط به ميراثه كأخت من أب أقرت بأخ لها في مسئلة فيها زوج وأخت من أبيين أو أقرت بأخ من أبيين سقط ميراثها ويقسم المال بين الزوج والاخت نصفين إن صدقها في الصورة الاولى وفي الثانية الزوج النصف والباقي بين الاخ والاخت على ثلاثة وإن كذبها فلقر به هو السبع ففيه الأوجه الثلاثة في الصورة الاولى ويدفع الى الابوين في الصورة الثانية ، رأت خفت زوجاً وأماً وأختين لأُم وأختين لأب فأقرت إحداهما بأخ لها سقط ميراثها ولا شيء للاخ والاخرى خمس المال والباقي بين سائر الورثة على ستة إن أقرها فاضرب ستة في خمسة

وأخت من أم فسد ثلثه من خمسة ، مات أخوه لأمه عن ثلاث أخوات مفترقات وهي من خمسة أيضاً تضربها في الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخته لابويه وأخ وأخت لآبيه فهي من ستة ثم مات أخوه لآبيه عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة تضربها في الاولى تكن ثلاثين فإن خلف بنتاً وأخوين فلم يقسموا التركة حتى غرق الاخراز وخلف أحدهما زوجة وبنتاً وعماً وخلف الآخر ابنتين وابنتين الاولى من أربعة مات أحدهما عن سهم ومائة من مائة لآخيه منها ثلاثة بين اولاده على ستة رجعوا إلى اثنين تضربها في مائة تكن ستة عشر وفريضة لآخر من ستة يتفقان بالنصف فاضرب نصف أحدهما في الاخرى تكن مائة راربعين ثم في أربعة تكن مائة واثنين وتسعين فبنت نصفها واولاد الاخ عن أبيهم ربعها وعن عمهم مائة عشر اجتمع لهم ستة وستون ولاجرة لآخ سنة ولبنت أربعة وعشرون (فصل) وإن علم أنهما مانا معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لأن توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتماء ذلك وإن علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم اشكل اعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا قال القاضي بزياد المذهب أن يقسم على سبيل ميراث القرقي الذين جهل حالهم والله أعلم .

﴿ باب ميراث أهل المال ﴾

﴿ لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ﴾ اجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسلمة بن زيد وجابر بن

تكن ثلاثين ، وان أنكرت الام فلها العشر أيضا والباقي بين الزوج والاختين من الام على خمسة وإن أنكرته الاختان من الام فلها الحس أيضا والباقي كله للزوج وتصح من عشرة وان أنكره الزوج فله خمس وعشر فيبقى خمس المال لا يدعيه أحد يقرون به للاخت المقررة وهي تقر به لم فيه الاوجه الثلاثة إلا أننا إذا قلنا بقسم بينهم فلا شيء فيه للاخت المنكرة ولا للقر به بحال لأنه لا يحتمل أن يكون لها شيء بحال (فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثل ماله فأقرت المرأة والعم انه أخو الميت وصدقه ما ثبت نسبه وأخذ ميراثه ، وان أقرت به المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر اقرارها شيئا وان صدقتها الاخ وحده فللمرأة الربع بكاله إلا أن يجيز الوصية ولعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصي ، وان صدقتها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث والمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعيه فيه الاوجه الثلاثة ، وان أقر به العم وحده فصدقه الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع المال والمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لان الموصى له يعترف بإعلان الوصية أو وقوفها على إجازة المرأة ولم تجزها ، ويحتمل أن يكون فيه الاوجه الثلاثة وان لم يصدقها اخذ الثلث بالوصية والمرأة السدس بالميراث ويبقى النصف فيه الاوجه الثلاثة

عبد الله رضي الله عنهم ، وبه قال عمرو بن عثمان وعروة وزهري وعطاء وطاوس والحسن وعمر بن عبد العزيز ومرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل وروى عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يرثوا الكافر من المسلم فحكى ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وسعيد بن المسيب ومسروق وعبد الله بن معقل والشعبي والنخعي ويحيى بن يعمر واسحاق وليس بموثوق به عنهم فان احدى قال : ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر ، وروى أن يحيى بن يعمر احتج لقوله فقال : حدثني ابو الاسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال « الإسلام يزيد ولا ينقص » ولانا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثونا

ولنا ما روى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه ولان الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم ، فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يلم وبما ينقح من البلاد لاهل الاسلام ولا ينقص بمن يرتد لقله من يرتد وكثرة من يلم وعلى أن حديثهم مجهول وحديثنا مفسر وحديثنا أصح فيتعين تقديمه ، والصحيح أنه قال لا يرث أهل الملل ولا يرثوننا ، وقال في حجة الأشعث « يرثها أهل دينها »

(مسئلة) (الا أن يلم قبل قسم الميراث فيرثه وعنه لا يرث)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث مورثه المسلم فنقل الأثر ومحمد بن الحكم أنه يرث وروى نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد

(مسئلة) قال (والقاتل لا يرث المقتول عمداً كان القتل أو خطأ)

أجمع أهل العلم على أن قاتل العمد لا يرث من المقتول شيئاً إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه وهو رأي الخوارج لأن آية الميراث تتناولونه بعمومها فيجب العمل بها فيه ولا تعويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه فإن عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون أبيه وكان حذفه بسيفه فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة رضي الله عنهم فلم تذكر فكانت إجماعاً، وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول «ليس للقاتل شيء» رواه مالك في موطئه والامام أحمد بإسناده، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن اللبان بإسناده ورواهما ابن عبد البر في كتابه

وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ «من قتل قتيلاً فانه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وإن كان والده أو ولده فليس للقاتل ميراث» رواه الامام أحمد بإسناده ولأن تورث القاتل يفضي الى تكثير القتل لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فأنزله الله تعالى فيه قصة البقرة، وقيل ماورث قاتل بعد عاميل وهو اسم

والحسن ومكحول وقتادة وحيد وإياس بن معاوية واسحاق فعلى هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي وبه قال الحسن وقتل ابو طالب فيمن أسلم بعد الموت : لا يرث قد وجبت الموارث لاهلها وهو المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهري وسليمان ابن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي وأكثر أهل العلم لقول رسول الله ﷺ «لا يرث الكافر المسلم» ولأن المالك قد انتقل بالموت الى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو افترضوا ولأن المانع من الارث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقيقاً فأعتق

ولما قول النبي ﷺ «من أسلم على شيء فهو له» رواه سعيد بن طريفين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ وروى ابو داود بإسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الاسلام فانه على قسم الاسلام» وروى ابن عبد البر في التمهيد بإسناده عن زيد بن قتادة العبدي أن انساناً من أهله مات على غير الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم أن جدي أسلم وشهد مع النبي ﷺ حينما فتوني فلبثت سنة وكان ترك ميراثاً ثم أن أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان فحدثه ابن ارقم أن عمر رضي الله عنهم قضى أنه من أسلم على ميراث قبل ان يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك لاول وشاركتني في هذا

القتيل ، فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم الى أنه لا يرث أيضا نص عليه أحمد و يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وروى نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شرح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والشعبي والثوري وشريك والحسن بن صالح ووكيع والشامي ويحيى بن آدم وأصحاب الرأي ، ورثته قوم من المال دون الدية وروى ذلك عن سعيد بن المسيب وعمر بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزعري ومكحول والارزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروى نحوه عن علي لان ميراثه ثابت بالكتاب والسنة فخصص قائل العمد بالاجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه

ولنا الاحاديث المذكورة ولان من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين والعمومات مخصصة بما ذكرناه

(فصل) والقتل المانع من الارث هو القتل بغير حق وهو المضمون بقود أو دية أو كفارة كالعمد وشبه العمد والخطأ وما جرى مجرى الخطأ كالقتل بالسبب وقتل العصي والمجنون والنائم وما ليس بمضمون بشي مما ذكرنا لم ينعم الميراث كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفعا عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة موأيه بماله فعلة من سقي دواء أو بط جراح فوات ومن أمره إنسان عاقل كبير يبط خراجة أو قطع سلعة منه فتلف بذلك ورثته في ظاهر المذهب

وهذه قصة اشتهرت فلم تذكر فكانت إجماعاً ولأنه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته ثبت له الملك فيه ولو وقع إنسان في بئر حفرها لتعلق خطاه بتركته بعد موته فجاز ان يتجدد حق من أسلم من ورثته ترغيباً في الاسلام وحثاً عليه فأما إذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له فان كان الوارث واحداً ففني تصرف في التركة واحتازها كان كفسمها .

(مسئلة) وان عتق عبد بعد موت موروثه وقبل القسم لم يرث وجهها واحداً

نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وفرق بين الاسلام والعتق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم ، وروى عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبداً فاعتق قبل ان يقسم ميراثه فقال له ميراثه ، وحكي عن مكحول وقناة أنهما ورثا من اعتق قبل القسمة لان المائم من الميراث زل قبل القسمة أشبه مالو أسلم وقال أبو الحسن النخعي يخرج على قول من ورث المسلم ان يورث العبد إذا اعتق وليس بصحيح فان الاسلام قرينة وهو اعظم الطاعات والقرب ورد الشرع بالأليف عليها فورد الشرع بتورثه ترغيباً له في الاسلام وحثاً عليه والعتق لا صنع له فيه ولا يحمده عليه فلم يصح قيامه عليه ولولا ما ورد من الاثر في تورث من أسلم لكان الظاهر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لان الملك ينتقل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شي . وإنما خالفناه في الاسلام للأثر وليس في العتق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الاثر

قال أحمد إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه ، وتقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهود على أخذهم بالزنا فرجحت فرجوا مع الناس برئونها ثم غير قتلة ، وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فإنه قال في رواية ابنه صالح وعبد الله لا يرث العادل الباغي ولا يرث الباغي العادل ، وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال ، وهذا ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر لفظ الحديث ولأنه قاتل فأشبهه العصبي والمجنون

وقال أبو حنيفة وصاحبه كل قتل لامأثم فيه لا يمنع الميراث كقتل العصبي والمجنون والنائم والساقط على إنسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها إذا قتلت يدها أو فيها فإنه يرثه لأنه قتل غير متهم فيه ولا مأثم فيه فأشبهه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن فبها عداه يبقى على مقتضاها ، ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالمخطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطعمه أو سقاه باختياره فأففى إلى تلفه ، ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يففى إلى إيجاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس المعصومة وفي مسائلتنا حرمان الميراث بمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يففى

(فصل) ولو ملك ابن عمه فدفبره فعتق بموته لم يرث لأنه رقيق حين الموت فإن قال أنت حر في آخر حياتي عتق وورث لأنه حر حين الموت ، ويحتمل أن لا يرث لأن عتقه وصية له فيففى إلى الوصية لو ارث :

(مسئلة) (ويرث أهل الذمة بعضهم بعضاً ان اتفقت أدبائهم)

وجله ذلك أن الكفار يتوارثون إذا كان دينهم واحداً لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، ولا فرق في ذلك بين أهل الذمة وغيرهم من الكفار لأن قول النبي ﷺ «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم» دليل على أن بعضهم يرث بعضاً ، وقول النبي ﷺ «وהל ترك لنا عقيل من دار» دليل على أن عقيلاً ورث أباطاب دون جعفر وعلي لانهما كانا مسلمين ، وكان عقيل على دين أبيه مقبلاً بمكة فكذلك لما قبل للنبي ﷺ ابن تنزل غداً قال «وהל ترك لنا عقيل من دباع» وقال عمر في حمة الاشعث بن قيس يرثها أهل دينها

(مسئلة) (وم ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين سائرهم)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروي عنه حرب أن الكفر كله ملة واحدة اختارها الحلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي وداود لأن تورث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء مذكور في كتاب الله تعالى ذكرها عاماً فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ومالم يستثنه يبقى على العموم ولأن قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم ، وروى عن

الى إجماد قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الاصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لانه قتل محرم وتفويت نفس معصومة والتوريث ينفي اليه بخلاف مسئلتنا . اذا ثبت هذا فالمشارك في القتل في الميراث كالنفرد به لانه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظله اقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لانه غير مضمون

(فصل) أربعة أخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر فسقط القصاص عن الأكبر لان ميراث الثاني صار لثالث والأصغر نصفين فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه وورثه الأكبر فرجع اليه نصف دم نفسه وميراث الأصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الأصغر ويرثه في ظاهر المذهب فان اقتصر منه ورثه ويرث أخوته الثلاثة ، ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباه الآخر سقط القصاص عن القاتل الاول ووجب على القاتل الثاني لان الاول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وأمه ، فلما قتل الثاني أمه ورثها قال الاب صار له من دم نفسه ثلثه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فان قتله ورثه في ظاهر المذهب ، وإن جرح أحدهما أباه والآخر أمه وماتا في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل

أحد أن الكفر ملل مختلفة اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لان قول النبي ﷺ لا يتوارث أهل ملتين شتى « ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع عن أحد نصر بها بذكر أقسام الملل ، وقال القاضي الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودين من عداكم لان من عداكم يجمعهم أنه لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم والثوري والليث وشريك ومغيرة الضبي وابن أبي ليلى والحسن بن صالح ووكيع وروى ذلك عن مالك وعن النخعي والثوري الفولاني وما روي عن أحمد أنه قال الكفر ملل مختلفة ويحتمل أن يكون مللا كثيرة تزيد على ثلاث فتكون المجرسية ملة وعبد الارثان ملة وعباد الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضا بروى ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعه وماتفة من أهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الاقوال ان شاء الله اختاره شيخنا لقول النبي ﷺ لا يتوارث أهل ملتين شتى « رو ما ابو داود ولان كل فريقين منهم لا موالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والسكران والعمومات في التوريث مخصوصة فيخص منها محل النزاع بالحبر والقياس ولان مخالفينا قطعوا التوريث بين أهل الحرب وأهل دار الاسلام فم اختلافهم في الملة أولى وقول من خص الملة بعدم الكتاب لا يصح لانه وصف عدي لا يقتضي حكما ولا جعما لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ، وقد افرق حكمهم فان المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لا يقرون بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضا فكانوا مللا كاليهود والنصارى ولانه قد روى الشعبي عن علي رضي الله عنه أنه جعل الكفر مللا مختلفة ولم نعرف له مخالفا في الصحابة فيكون إجماعا

واحد منها مال الذي لم يقتله ولكل واحد منها القصاص على صاحبه وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الابوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منها القصاص على أخيه إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان، وإن عفا أحدهما عن الآخر فلا آخر قتل العاني ويرثه في الظاهر وإن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر عنه، ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه بقتله لأن القصاصين لما تساوا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقطا فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفي منها معتدياً باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله، وإن أشكل كيفية موت الابوين وادعى كل واحد منهما أن قتله أولهما موتاً خرج في توريثها ما ذكرناه في الفرق من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فيسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك فالجواب فيها كائني قبلها ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال للشبهة وأن يكون لكل واحد دية الآخر وماله.

(مسئلة) قال (ولا يرث مسلم كافراً ولا كافراً مسلماً إلا أن يكون معتقاً فإخذ ماله بالولاء)

أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم، وقال جمهور الصحابة والفقهاء لا يرث المسلم الكافر بروي هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وأسامة بن زيد وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم وبه قال

(مسئلة) (وإن اختلفت أديانهم لم يتوارثوا)

لما روى عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ «لا يتوارث أهل ملتين شتى» رواه أبو داود، وعنه يتوارثون لأن مفهوم قوله عليه السلام «لا يرث الكافر المسلم» يدل على أنهم يتوارثون، وهذا يجبيء على قولنا إن الكفر ملة واحدة على ما تقدم وهو قول أبي خنيفة والشافعي.

(مسئلة) (ولا يرث حربي ذمياً، ولا ذمي حربياً)

ذكره القاضي لأن الموالاة منقطعة بينهم ويحتمل أن يتوارثوا لأنهم من أهل ملة واحدة. قال شيخنا قياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديانتهم لأن العمومات من النصوص يقتضي توريثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بعمومها، ومفهوم قوله عليه السلام «لا يتوارث أهل ملتين شتى» أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التورث بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ولأن مقتضى التورث موجود فيجب العمل به ما لم يقم دليل على تحقق المانع وقد نص أحد في رواية الاثرم فيمن دخل إلينا بأمان فقتل، أنه يبعث بدبته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى ورثته، وروي أن عمرو بن أمية الضمري كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحبي الذين قتلهم وكانا أتيا النبي ﷺ في أمانه ولم يعلم عمرو فقتلها فوداها النبي صلى الله عليه وسلم ولا شك أنه يبعث بدبتهما إلى أهلها.

عمر بن عثمان وعمره والزهرى وعطاء وطارس والحسن وعمر بن عبد العزيز وعمر بن دينار واثوري وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة الفقهاء وعليه العمل

وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية رضي الله عنهم أنهم ورثوا المسلم من الكافر ولم يرثوا الكافر من المسلم . وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية وعلي بن الحسين وشعيب بن المسيب ومسروق وعبد الله ابن معقل والشامي والأخعي ويحيى بن يعمر والشافعي وليس بموثوق به عنهم فإن أحمد قال ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر وروي أن يحيى بن يعمر احتج بقوله فقال حدثني أبو الأسود أن معاذاً حدثه أن رسول الله ﷺ قال « الإسلام يزيد ولا ينقص » ولأننا ننكح نساءهم ولا ينكحون نساءنا فكذلك نرثهم ولا يرثونا .

وأما ما روى أسامة بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال « لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر » متفق عليه ، وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو قال : قال رسول الله ﷺ « لا يورث أهل ملتين شئ » ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر فلم يرثه كما لا يرث الكافر المسلم فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يسلم وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام ولا ينقص بمن يرتد لقلة من يرتد وكثرة من يسلم ، وعلى أن حديثهم مجهول وحديثنا مفسر وحديثهم لم يتفق على صحته وحديثنا متفق عليه فتعين تقديمه والصحيح عن عمر أنه قال « لا يرث أهل الملل ولا يرثوننا » وقال في حمة الأشعث يرثها أهل دينها ، فأما المعنى إذا خالف دينه دين معنقه فنذكره في باب الولاء . ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الإسلام ، وبهذا قال الشافعي ، قال القاضي ويرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت ، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ، ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثا لأنه لا موالاة بينهم فحجوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتورث وعدمه

ولا يعلم في هذا حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفته لعموم النصوص المفتضية للتورث ولم يتبرأوا الدين في اتفاقه ولا اختلافه ، مع ورود الخبر فيه وصحت العبارة بها فإن المسلمين يرث بعضهم بعضاً وإن اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار

﴿ مسألة ﴾ (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يسلم قبل قسم الميراث)

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم أن المرتد لا يرث أحداً ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك أنه لا يرث المسلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث الكافر المسلم ، ولا المسلم الكافر » ولا يرث الكافر لأنه يخالفه في حكم الدين لأنه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم الدين الذي اتفق عليه ولهذا لا تحل ذبيحته ولا نكاح نسائهم وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتد يزول

(فصل) فأما الكفار فيتوارثون إذا كان دينهم واحداً لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافاً ، وقول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر » دليل على أن بعضهم يرث بعضاً ، وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » دليل على أن أهل الملة الواحدة يرث بعضهم بعضاً ، وقول النبي ﷺ « وهل ترك لنا عقيل من دار » دليل على أن عقيلاً ورث أبا طالب دون جعفر وعلي لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل على دين أبيه مقياً بمكة فباع رباعه بمكة لذلك لما قيل للنبي ﷺ « أين تنزل غداً ؟ » قال « وهل ترك لنا عقيل من رباع » وقال عمر في حمة الأشعث بن قيس يرثها أهل دينها فإن اختلفت أديانهم فاختلف من أحد فروي عنه أن الكافر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضاً . رواه عنه عن حرب واختاره الحلال ، وبه قال حماد وابن شبرمة وأبو حنيفة والشافعي ودادود لأن توريث الآباء من الأبناء والأبناء من الآباء المذكور في كتاب الله تعالى ذكرأ عاماً فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع ومالم يستثنه الشرع يبقى على العموم ولأن قول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) عام في جميعهم

وروي عن أحمد أن الكفر ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضاً اختاره أبو بكر وهو قول كثير من أهل العلم لأن قول النبي ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ينفي توارثهما ويخص عموم الكتاب ولم نسمع عن أحد نصر بها يذكر أقسام الملل وقال القاضي أبو يعلى الكفر ثلاث ملل اليهودية والنصرانية ودن من عداً لأن من عداهم يحرمهم أنهم لا كتاب لهم وهذا قول شريح وعطاء وعمر بن عبد العزيز والضحاك والحكم

أملاً كه الثابتة له أو استقرارها فلان لا يثبت له ملك أولى ولو ارتد متوارثان مات أحدهما لم يرثه الآخر لأن المرتد لا يرث ولا يورث ، فإن أسلم قبل قسم الميراث ورث ، لما ذكرنا من الحديث وقد ذكرناه والخلاف فيه

(فصل) (والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا) . والزنديق الذي يظهر الاسلام ويستسر الكفر وهو الذي كان يسمى منافقاً ، في عصر النبي صلى الله عليه وسلم ، ويسمى اليوم زنديقاً ، قال أحمد : مال الزنديق في بيت المال .

﴿ مسألة ﴾ (وإن مات على ردة فإله في ، وعنه أنه لورثته من المسلمين ، وعنه أنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في مال المرتد إذا مات أو قتل على ردة فروي عنه أنه يكون فيثا في بيت مال المسلمين . قال القاضي وهو الصحيح في المذهب ، وبه قال ابن عباس وربيعة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي وأبو ثور وابن المنذر

وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين يروى ذلك عن أبي بكر الصديق وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والأوزاعي والثوري وابن شبرمة وأهل العراق وإسحاق إلا أن الثوري وأبا حنيفة والأوزاعي وإسحاق

والثوري والبيث وشريك ومغيرة والضبي وابن أبي لبلى والحسن بن صالح وركيم ، وروى ذلك عن مالك . وروى عن النخعي والثوري القولان معا ، ويحتمل كلام أحمد رضي الله عنه أن يكون الكفر مللا كثيرة فتكون المجوسية ملة وعبادة الأوثان ملة أخرى وعبادة الشمس ملة فلا يرث بعضهم بعضا وروى ذلك عن علي وبه قال الزهري وربيعة وطائفة من أهل المدينة وأهل البصرة واسحاق وهو أصح الاقوال إن شاء الله تعالى لقول النبي ﷺ « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم ولا اتفاق في دين فلم يرث بعضهم بعضا كالمسلمين والكفار والعمومات في التورث مخصصة فيخص منها محل النزاع بالخبر والقياس ولأن مخالفتنا قطعوا التوارث بين أهل الحرب وأهل دار الاسلام مع اتفاقهم في الملة لا تقطاع الموالاة فع اختلاف الملة أولى وقول من حصر الملة بعدم الكتاب غير صحيح فإن هذا وصف عدي لا يقتضي حكما ولا جمعا ثم لا بد لهذا الضابط من دليل يدل على اعتباره ثم قد افرق حكمهم فإن المجوس يقرون بالجزية وغيرهم لا يقر بها وهم مختلفون في معبوداتهم ومعتقداتهم وآرائهم يستحل بعضهم دماء بعض ويكفر بعضهم بعضا فكانوا مللا كاليهود والنصارى . وقد روى ذلك عن علي رضي الله عنه فإن اسماعيل بن أبي خالد روى عن الشعبي عن علي عليه السلام أنه جعل الكفر مللا مختلفة ولم يعرف له مخالف في الصحابة فيكون اجماعا

(فصل) قياس المذهب عندي أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم لأن العمومات من النصوص تقتضي تورثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا اجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل

قالوا ما اكتسبه في رده يكون فينا ولم يفرق أصحابنا بين تلاد ماله وطارفه ووجه ذلك أنه قول الخافيتين الراشدين فإنه يروى عن زيد بن ثابت قال : بعثني أبو بكر عند رجوعه الى أهل الردة أن اقسم ما لهم بين ورثتهم المسلمين ، ولأن رده ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته من المسلمين كما لو انتقل بالموت .

وروى عنه رواية فائدة أنه يكون لأهل الدين الذي اختاره ان كان منهم من يرثه وإلا فهو فيء وبه قال داود . وروى ذلك عن علقمة وسعيد بن أبي عروبة لأنه كافر فورثه أهل دينه كالحربي ورائر الكفار والمشهور الاول لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » وقوله « لا يتوارث أهل ملتين شتى » ولأنه كافر فلا يرثه المسلم ، كالكافر الأصلي ولأن ماله مال مرتد فأشبهه الذي كسبه في رده ولا يمكن جملة لأهل دينه لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان ولأنه يخالفهم في حكمهم فإنه لا يقر على ما انتقل اليه ولا تؤكل ذبيحته ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبهه الحربي مع الذمي فإن قيل إذا جعلتموه فينا فقد ورثتموه للمسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فينا كما يأخذ مال الذمي الذي لم يخلف وارثا وكالعشور

(فصل) وقد ذكرنا أن الزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث وقال مالك في الزنديق الذي

بعمومها ومفهوم قوله عليه السلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه يتوارث أهل ملتين شتى أن أهل الملة الواحدة يتوارثون وضبطه التورث بالملة والكفر والاسلام دليل على أن الاعتبار به دون غيره ، ولأن مقتضى التورث موجود فيجب العمل به ما لم يقدّم دليل على تحقق المناقض . وقد نص أحمد في رواية الأثرم في من دخل إلينا بأمان فقتل أنه يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى الورثة .

وقد روي أن عمرو بن أمية كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحمي القمي قتلوه وكانا أنبا النبي ﷺ في أمان ولم يعلم عمرو قتلها فوداهما النبي ﷺ ولا شك في أنه بعث بديتهما إلى أهلها .

وقال القاضي قياس المذهب عندي أنه لا يرث حربي ذمياً ولا ذمي حروبياً لأن المولاة بينهما منقطعة ، فأما المستأمن فيرثه أهل الحرب وأهل دار الاسلام وبهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وبه قال أبو حنيفة ، إلا أن المستأمن لا يرثه القمي لأن دارهما مختلفة .

قال القاضي ويرث أهل الحرب بعضهم بعضاً سواء اتفقت ديارهم أو اختلفت وهذا قول الشافعي

يهم بذمي ورثته عند موته : ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد إذا حضره الموت ، قال : وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض ، كالذي يطلقها زوجها في مرض موته ليحرمها الميراث لأنه قار من ميراث انعقد بسبب ميراثه فورته كالمطلق في مرض الموت .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر »

قال شيخنا وقياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتد في مرض موته ورثه الآخر لأنه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته أشبه الطلاق ، وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها لا يسقط ميراث زوجها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل ما في الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف إذا ارتدت المريضة فماتت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها .

وروي الأولوي عن أبي حنيفة إذا ارتد الرجل فقتل على رده أو لحق بدار الحرب بانت منه امرأته ، فإن كانت مدخولاً بها ورثته في عدتها وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم تره وإن ارتدت المرأة في غير مرض فماتت لم يرثها زوجها لأنها عندكم لا تقتل فلم تكن قارة من ميراثه بخلاف الرجل (فصل) (وارتداد الزوجين معاً كارتداد أحدهما فيفسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحق بدار الحرب أو أقام بدار الاسلام) . وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا ارتدا معاً لم يفسخ النكاح ولم يتوارثا .

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام ولو ارتدا جميعاً ولهما أولاد صغار لم يتبعوهم (المفني والشرح الكبير) (٢٢) (الجزء السابع)

رضي الله عنه ، وقال أبو حنيفة إذا اختلفت ديارهم بحيث كان لكل طائفة ملك ويرى بعضهم قتل بعض لم يتوارثوا لأنهم لا مولاة بينهم أشبه أهل دار الحرب فجهلوا اتفاق الدار واختلافها ضابطاً للتوريث وعدمه ، ولأنهم في هذا كله حجة من كتاب ولا سنة مع مخالفتهم لعموم النص المقتضي للتوريث ولم يعتبروا الدين في اتفاقه ولا اختلافه مع ورود الخبر فيه وصحة العبرة فيها فإن المسلمين يرث بعضهم بعضاً وإن اختلفت الدار بهم فكذلك الكفار ولا يرث المسلم كافراً ولا الكافر مسلماً لاختلاف الدين بهم وكذلك لا يرث مختلفا الدين أحدهما من صاحبه شيئاً

(مسئلة) قال (والمرتد لا يرث أحداً إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث)

لأنهم خلافاً بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحداً وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه لا يرث مسلماً لقول النبي ﷺ : لا يرث كافراً مسلماً ، ولا يرث كافراً لأنه بخالته في حكم الدين لأنه لا يقر على كفره فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل إليه ولهذا لا تمل ذبيحته ولا ذكاح نسائهم وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب ، ولأن المرتد

في زنتهم ولم يرتوا منهم شيئاً ولم يحز استرقاقهم سواء ألحقهم بدار الحرب أو لا ، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتداً يجوز سببه ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الإسلام قانناً ولد بعد الردة بستة أشهر فذكر الحرق ما يدل على أنه يجوز استرقاقه وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي ، والقول الثاني لا يسبون وهو منصوص الشافعي (فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وإن أسلم المجوس أو نحا كوا الينا ورتوا بجميع قراباتهم إن أمكن ذلك) .

نص عليه أحمد وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه ، وبه قال الثوري والنخعي وقنادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه ويحيى بن آدم وإسحاق وداود والشافعي في أحد قوليه واختاره ابن اللبان .

وعن زيد أنه ورثه بأقوى القرابتين وهي التي لا تسقط بحال ، وبه قال الحسن والزهري والأوزاعي ومالك والليث وسامد ، وهو الصحيح عن الشافعي وعن عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعي والشعبي القولان جميعاً واحتجوا بأنهما قرابتان لا يورث بهما في الإسلام فلا يورث بهما في غيره كما لو أسقطت أحدهما الأخرى .

ولنا أن الله تعالى فرض للام الثلث والاخت النصف فإذا كانت الأم أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله تعالى لها في الاثنين كالشخصين ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تحجب أحدهما الأخرى ولا يرجع بها فترث بهما مجتمعين كزوج هو ابن عم ، أو ابن عم هو أخ لأُم ولذوي الأرحام

تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها فلأن لا يثبت له ملك أولى . ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر فان المرتد لا يرث ولا يورث وان رجع المرتد الى الاسلام قبل قسم الميراث قسم له على ما سنده ذكره في المسئلة التي بعدهما ان شاء الله تعالى

(فصل) والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا ، وزنديق هو الذي يظهر الاسلام ويستسر بالكفر وهو المنافق كان يسمى في عصر النبي ﷺ منافقا ويسمى اليوم زنديقا ، قال أحمد مال الزنديق في بيت المال (فصل) إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في الحال ولم يرث أحدهما الآخر وان كانت ردة بعد الدخول ففيه روايتان (أحدهما) يتعجل الفرقة (والأخرى) يقف على انقضاء العدة وأيهما مات لم يرث الآخر

(مسئلة) قال (وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له)

اختلفت الرواية فيمن أسلم قبل قسم ميراث موروثه الملم فقل الاثرم ومحمد بن الحكم انه يرث وروي نحو هذا عن عمر وعثمان والحسن بن علي وابن مسعود وبه قال جابر بن زيد والحسن ومكحول

المدائن بقرايتين وقياسهم فاسد لان القرايتين في الاصل تسقط أحدهما الأخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص واحد وقولهم لا يورث بهما في الاسلام ممنوع فانه إذا وجد ذلك من وطئ شبهة في الاسلام ورث بهما ثم ان امتناع الارث بهما في الاسلام لعدم وجودهما فلو تصور وجودهما ورث بهما بدليل انه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج او اخ من ام قال ابن اللبان واعتبارهم عندي فاسد من قبل ان الجدة تكون اختاً لاب فان ورثوها بكونها جدة لكون الابن يسقط الاخت دونها لزمهم توريثها لكونها اختاً لكون الام تسقط الجدة دونها وخالفوا عن الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لانص لا لكتاب في فرضها وهو يختلف فيهم فمنهم من قال هو طعمة وليس بفرض مسمى ويلزمهم ان الميت إذا خلف امه وام ام هي اخت ان لا يؤتوها شيئاً لان الجدودة محجوبة وهي اقوى القرايتين وجعلوا الاخوة نارة اقوى ونارة اضعف وان قالوا اقوى القرايتين الاخوة لان ميراثها اوفر لزمهم في ام هي اخت جعل الاخوة اقوى من جهة الامومة ويلزمهم في اسقاط مع الابن والاخ من الابوين ما لزم القائلين بتقديم الجدودة مع الام فان قالوا توريثها بالقرايتين يفضي الى حجب الام بنفسها اذا كانت اختاً والميت اخت أخرى قلنا وما المانع من هذا فان الله تعالى حجب الام بالاختين بقوله فان كان له اخوة فلامه السدس من غير تقييد بغيرها ثم حججوها عن ميراث الاخت بنفسها فقد دخلوا فيها انكروه بل هو اعظم لانهم فروا من حجب التنقيص الى حجب الاسقاط فاسقطوا الفرض الذي هو اوكد بالكلية محافظة على بعض الفرض الادنى وخالفوا مدلول اربعة نصوص من كتاب الله تعالى لانهم اعطوا الام الثلث وانما فرض الله تعالى لها مع الاختين السدس والثاني ان الله تعالى

وقتادة وحيد وإياس بن معاوية وإسحاق ، فعلى هذا ان أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي ، وبه قال الحسن ، ونقل أبو طالب فيمن أسلم بعد الموت لا يرث قد وجبت الموارث لاهلها ، وهذا المشهور عن علي رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطارس والزهرى وسليمان بن يسار والنخعي والحكم وأبو الزناد وأبو حنيفة ومالك والشافعي رضي الله عنه وعامة الفقهاء لقول النبي ﷺ « لا يرث الكافر المسلم » ولان المالك قد انتقل بالموت إلى المسلمين فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتصموا ولان الماتن من الارث متحقق حال وجود الموت فلم يرث كما لو كان رقية فاعتق أو كما لو بقي على كفره ولنا قول النبي ﷺ « من أسلم على شيء فهو له » رواه سعيد من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة عن النبي ﷺ : وروى أبو داود بإسناده عن ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم وكل قسم أدركه الاسلام فهو على قسم الاسلام »

وروى ابن عبد البر بإسناده في التمهيد عن زيد بن قتادة العنبري ان انسانا من أهله مات على غير دين الاسلام فورثته أختي دوني وكانت على دينه ثم ان جدي أسلم وشهد مع النبي ﷺ حينما فتوني فلبثت سنة وكان ترك ميراثي ان أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث الى عثمان رضي الله عنه فخذله عبد الله بن أرقم ان عمر قضي انه

أما فرض لكل واحدة من الاختين ثلثا فاعطوا احدهما النصف كاملا ، والثالث ان الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان اختان فلم يجعلوا لهما الثلثين الرابع ان مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه اخت فلم يعطوها بكونها اختاً شيئا هذا كله معنى كلام ابن اللبان

(فصل) والمسائل التي يجتمع فيها قرابتان ويصح الارث بهما ست احداهن في الذكور وهو عم هو اخ لام وخمس في الاناث وهي بنت هي اخت او بنت ابن وام هي اخت وام ام هي اخت لاب وام اب هي اخت لام فن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنوة والامومة دون الاخوة وبنوة الابن واختلفوا في الجدة اذا كانت اختاً فنهم من قال الجدودة اقوى لانها جهة ولادة لا تسقط بالولد ومنهم من قال الاخوة اقوى لانها اكثر ميراثا وقال ابن شريح وغيره هو الصحيح ومن ورث بأقوى القرابتين لم يحجب الام بأخوة نفسها الا ما حكاه سحنون عن مالك انه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك ومتى كانت البنت اختاً والميت رجل فهي اخت لام ومتى كان امرأة فهي اخت لاب فان قيل ام هي اخت لام او ام ام هي اخت لام أو ام أب هي اخت لاب فهو محال

﴿مسئلة﴾ اذا خلف امة وهي اخته من ابيه وعمه فن ورثها بقرابتين جعل لها الثلث بكونها أما والنصف بكونها اختاً لاب والباقي للعم فان كان معها أخت أخرى لم ترث بكونها أما الا السدس لانها انحجبت بنفسها وبالاخت الأخرى ومن ورثها بأقوى القرابتين ورثها الثلث بكونها أما ولم يحجبها بنفسها

﴿مسئلة﴾ (ولا يرثون بتكاح ذوات المحارم ولا بتكاح لا يقرون عليه ، لو أسلموا)

المجوس ومن جرى مجراهم ممن يتكح ذوات المحارم اذا أسلموا وتحاكموا اليها قال شيخنا لانهم خلافا

من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه فقضى به عثمان فذهبت بذلك لأول وشاركني في هذا وهذه قضية انتشرت فلم تذكر فكانت اجماعاً ولأنه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته ثبت له الملك فيه ، ولو وقع انسان في بئر حفرها لتعلق ضمانه بتركته بعد موته فجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته ترغيباً في الاسلام وحشاً عليه ، فأما اذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له وإن كان الوارث واحداً فإذا تصرف في التركة واحتازها كان بمنزلة قسمتها (فصل) ومن كان رقيقاً حين موت موروثه فأعتق قبل القسمة لم يرث : نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية محمد بن الحكم ورفق بين الاسلام والعق وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم . وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات وترك أباه عبداً فأعتق قبل أن يقسم ميراثه فقال له ميراثه .

وحكي عن مكحول وقتادة أنهما ورثا من أعتق قبل القسمة لأن المانع من الميراث زال قبل القسمة فأشبه مالوا أسلم ، قال أبو الحسن النخعي يخرج على قول من ورث المسلم أن يرث العبد اذا أعتق وليس بصحيح فان الاسلام قرينة وهو أعظم الطاعات ، والقرب ورد الشرع بالتأليف عليها

في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم فأما غيره من الانكحة فكل نكاح اعتقدوا صحته وأقرواعليه بعد اسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة في نكاح المسلمين أولا وما لا يقرون عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثم نكحها ثم أسلم لم يقرأ عليه وإن مات أحدهما لم يرثه الآخر وكذلك إن مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع وأصل الاختلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه ان أسلم أو نكحاً كالأبنا ونذكر ذلك في نكاح الكفار إن شاء الله تعالى

(فصل) وإذا مات ذمي لا وارث له كان ماله فينا وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كمن ليس له وارث الا أحد الزوجين لانه مال ليس له مستحق معين فكان فينا كمال الميت المسلم الذي هو كذلك مسائل من هذا الباب مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتاً ثم مات عنها فلها الثلثان لأنها ابنتان ولا ترث الكبرى بالزوجية في قول الجميع فإن ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتاً هي أخت لاب فلها النصف بالبنوة والباقي بالاخوة وإن ماتت الصغرى أولا فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثلث بالقرايتين ومن ورث بأقوى القرايتين لم يورثها بالاخوة شيئاً في المسئلتين وقال بن شريح يحتمل قول الشافعي توريثها بالقرايتين في المسئلة الاولى لانه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتصيب لتوريثه ابن العم اذا كان زوجاً أو أخاً لام وإنما منع الارث بفرضين فإن كان المجوسي أولدها بنتين ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وإن لم تمت الكبرى بل ماتت احدى الصغيرتين فقد تركت أختاً لابوين وأما هي أخت لاب فلها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختاً لاب

فورد الشرع بتوريثه نفعاً له في الاسلام وحثاً عليه والعنق لاصنع له فيه ولا بمحمد عليه فلم يصح قياسه عليه ولولا ماورد من الأثر من توريث من أسلم لكان النظر يقتضي أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت لأن الملك ينزل به إلى الورثة فيستحقونه فلا يبقى لمن حدث شيء ، لكن خافناه في الاسلام للأثر ، وليس في العنق أثر يجب التسليم له ولا هو في معنى ما فيه الأثر فيبقى على موجب القياس .

(مسئلة) قال (ومتى قتل المرتد على رده فما له في)

اختلفت الرواية عن أحد في مال المرتد اذا مات أو قتل على رده فروي عنه أن يكون فينا في بيت مال المسلمين ، قال القاضي هر صحيح في المذهب وهو قول ابن عباس وريمة ومالك وابن أبي ليلى والشافعي رضي الله عنه وأبو ثور وابن المنذر ، وعن أحمد ما يدل على أنه لورثته من المسلمين ، وروي ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ، وبه قال ابن المديب وجابر بن زيد والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء والشعبي والحكم والأوزاعي والثوري وابن شبرنة وأهل

وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس واللاخت النصف وعلى القول الآخر لها الثلث بالأمومة ولا شيء لها بالأخوة ولا تنحجب بها واللاخت النصف فقد استوى الحكم في القولين وان اختلف طريقهما وعلى ما حكاه سخون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها وان أولدها الجوسي ابناً وبناتاً مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت أما هي أخت لاب وأخا لاب وأم فلامها السدس والباقي للاخ ولا شيء للام بالأخوة لان الاخ للابوين يحجبها وعلى القول الآخر الام الثلث كاملاً إذا تزوج الجوسي أمه فأولدها بنتاً ثم ماتت فلامه السدس ولا بنته النصف ولا ترث أمه بالزوجية ولا ابنته بكونها أختاً لام شيئاً وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن فلها الثلثان بالفرأيتين وعلى القول الآخر لها النصف وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أما هي أم أب فلها الثلث بالأمومة لا غير على القولين جميعاً وان تزوج ابنته فأولدها بنتاً ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتاً ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد تركت أختها لا يها احداها بنتها والاخرى بنت بنتها فليبتها النصف والباقي بينها وعلى القول الآخر لبيتها النصف والباقي للصغرى وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختها لحدادها أمها والاخرى بنتها فلامها السدس وليبتها النصف والباقي بينها وعلى القول الآخر الباقي للعصبة وإن ماتت الصغرى بعد فقد خلفت أختها لحدادها أمها والاخرى جدتها فلامها السدس والثلثان بينها وقد انحجبت الام بنفسها وبأولادها عن السدس وعلى القول الآخر من جعل الاخوة أقوى فللكبرى النصف والوسطى الثلث والباقي للعصبة ومن جعل الجدود أقوى لم يورث الكبرى شيئاً لانها لا ترث بالأخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدود لكونها محجوبة بالأمومة وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلثان

العراق واسحاق لان انثوري وأبا حنيفة والأولوي واسحاق قالوا ما اكتسبه في رده يكون فينا ولم يفرق أصحابنا بين نلاد ماله وطارف ووجه هذا انقول أنه قول الخليفة الراشدين فإنه يروى عن زيد بن ثابت قال بشي أبو بكر عند رجوعه إلى أهل الردة أن أقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين ، ولان رده ينتقل بها ماله فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين كما لو انتقل بالموت

وروي عن أحمد رواية أن ماله لأهل دينه الذي اختاره إن كان منه من يرثه وإلا فهو في ، وبه قال داود ، وروي عن علقمة وسعيد بن أبي عروة لانه كافر فورثه أهل دينه كالحربي وسائر الكفار والمسلمين ، ولا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ، وقوله لا يتوارث أهل ملتين شتى ، ولانه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الأصلي ، ولان ماله مال مرتد فأشبهه الذي كسبه في رده ، ولا يمكن جعله لأهل دينه لانه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان ، ولانه يخالفهم في حكمهم فإنه لا يقر على ما انتقل اليه ولا تؤكل له ذبيحة ولا يحل نكاحه إن كان امرأة فأشبهه الحربي مع الذي ، فان قيل إذا جعلتموه فينا فقد ورثتموه للمسلمين قلنا لا يأخذونه ميراثا بل يأخذونه فينا كما يؤخذ مال الذي إذا لم يخلف وارثا وكالعشور

بالقرايتين ومن ورث باحداهما فلها السدس عند قوم وعند ابن شريح ومن وافقه لها النصف وهي اختيار الحربي ، مجوسي تزوج أمه فأولدها بنتاً ثم تزوج بنته فأولدها ابناً ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتاً ثم مات المجوسي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن وبنتاً أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة وتصح من تسعة للكبرى أربعة والصغرى ثلاثة وللذكر سهمان وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فان مات بعده بنته فان الكبرى جديتها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرايتين وفي الثاني لها سدس باحداهما (فصل) وان وطئ مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها وولدت له واتفق مثل هذه لانسان فالحكم فيها مثل هذا سواء

(فصل) في التزويج في المرض والصحة ، حكم النكاح في الصحة ، والمرض سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك أي الزوجين كان مريضاً مريضاً غرقاً حال عقد النكاح فالنكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لا يرث كالامة والذمية فقال بعضهم يصح لانه لا يتم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون واردة وقال ربيعة وابن أبي ليلى الصداق والميراث من الثلث وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينها وعن القاسم بن محمد والحسن ان قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح

(فصل) والزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث ، وقال مالك في الزنديق الذي يتهم بزني ورثته عند موته ماله لورثته من المسلمين مثل من يرتد اذا حضره الموت قال وترثه زوجته سواء انقضت عدتها أو لم تنقض كالثي يطلقها زوجها في مرض موته لبحرمها للميراث لانه فار من ميراث من انفق بسبب ميراثه فوراً ، كالملطقة في مرض الموت

ولنا قول النبي ﷺ « لا يرث المسلم الكافر » وقياس المذهب أن أحد الزوجين اذا ارتد في مرض موته يرثه الآخر لانه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته فأشبهه الطلاق وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل الزوجين فيكون مثل مذهب مالك ، وقال أبو يوسف اذا ارتدت المريضة فانت في عدتها أو لحقت بدار الحرب ورثها زوجها وروى الأولوي عن أبي حنيفة اذا ارتد الرجل فقتل على رده الحق بدار الحرب بانت منه امرأته فان كانت مدخولا بها ورثته اذا كان ذلك قبل انقضاء عدتها ، وإن كانت غير مدخول بها بانت ولم يرثه ، وإن ارتدت المرأة من غير مرض فانت لم يرثها زوجها لانها عندهم لا تقتل فلم تكن قارة من ميراثه بخلاف الرجل

ولنا أنه عقد معاوضة يصح في الصحة فصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه فصح كحال الصحة وقد روينا أن عبدالرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته وبشركنها في ميراثها فأجيز ذلك واذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بمعوم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبمده لمعوم الآية ولان النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق أن لها الميراث وكان زوجها مات عنها قبل الدخول بها ولم يكن فرض لها صداقاً ولان النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لانه ليس بنكاح شرعي ومتى أشبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالنصوص عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا بدري أيها تزوج أول؟ أنه يفرق بينهما وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئاً قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يقرع بينهما فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث إذا مات عنهما وعن النخعي والشافعي ما يدل على أن الميراث يقسم بينهما على حسب الدعاوى والتزويل كميّرات الحثاني وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطالحن عليه أو يتبين الامر فلو تزوج امرأة في عقد وارباً في عقد ثم مات وخلف أخاً ولم يعلم أي العقدين سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعي مهر أكملها ينسكه الاخ فيعطي كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والا ربع فيقسم نصفه للواحدة ونصفه للاربع وعند الشافعي أكثر ما يجب عليه أربعة مهور فيأخذ

(فصل) وارتداد الزوجين معا كارتداد أحدهما في فسخ نكاحهما وعدم ميراث أحدهما من الآخر سواء لحقا بدار الحرب أو أقاما بدار الاسلام ، وبهذا قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا ارتددا معا لم يفسخ النكاح ولم يتوارثا لأن المرتد لا يرث المرتد مادام في دار الاسلام فان لحقا بدار الحرب توارثا

ولنا أنهما مرتدان فلم يتوارثا كما لو كانا في دار الاسلام . ولو ارتددا جميعا ولهما أولاد صغير لم يتبهم في ردتهم ولم يرقوا منهم شيئا ولم يجوز استرقاقهم سواء لحقهم بدار الحرب أو لم يلحقهم ، وبهذا قال الشافعي رحمه الله وقال أبو حنيفة وأصحابه من ألحقوه بدار الحرب منهم يصير مرتدأ يجوز سبيهم ومن لم يلحقوه بدار الحرب فهو في حكم الاسلام ، فأما من ولد بعد الردة بسنة أشهر فذكر الحرق رضي الله عنه ما يدل على أنه يجوز استرقاقه ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي والقول الثاني لا يسبون وهو منصوص الشافعي .

(فصل) فإذا لحق المرتد بدار الحرب وقف ماله فان أسلم دفع إليه وان مات صار فيثما ، وبهذا قال مالك والشافعي رضي الله عنهما وجعل أهل العراق لحاقه بدار الحرب كونه في زوال ملكه ومصرف

ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربتها ميراثا ويدعي الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران ورابع بين الاربع والاخ ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ

(فصل) فان تزوج امرأة في عقد واثنين في عقد وثلاثا في عقد ولم يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس ، فعلى قول أهل العراق لمن مهران يقيين والثالث لمن في حال دون حال فيكون لمن نصفه ثم يقسم ذلك بينهم لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لمن ميراثا فالواحدة ربة يقينا وتدعي نصف سدسه فتعطي نصفه فيصير لها من الربع سدسه ومنه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنان يدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهما فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهما فيعطين تسعة وهذا قول محمد بن الحسن ، وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة بين الثلاث والاثنين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين ثم تضرب الاثنين في الثلاث ثم في ثمانية وأربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال ، وعند الشافعي تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور مهران منها بين الخمس ومهر تدعي الواحدة والاثنان ربة ميراثا وتدعيه الثلاث مهر أو يؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربة إلى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلاث بين الثلاث والاثنين موقوف فان طلبت واحدة من الخمس شيئا من الميراث الموقوف لم يدفع إليها شيء ، وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لا يدفع إليه شيء وان طلب واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنين دفع إليهما ربع الميراث وان طلبه واحدة

ماله إلى من يصرف إليه إذا مات فإن عاد إلى الاسلام فله ما وجد من ماله ولا يرجع على ورثته بشيء مما ألقوه إلا أن يكونوا اقتسموه بغير حكم حاكم ولم يختلفوا فيما اكتسبوه في دار الحرب أو أخرجه من ماله إلى دار الحرب أنه فيء ، وقال أبو بكر عبد العزيز إذا ارتد المسلم زال ملكه عن ماله ولم يصح تصرفه فيه بشيء من التصرفات فإن أسلم رد إليه تملكاً مستأنفاً ، يقال أبو يوسف إنما أحكم بموته يوم يختصمون في ماله لا يوم لحاقه بدار الحرب

ولنا أنه حر من أهل التصرف ويبقى ملكه بعد اسلامه فلم يحكم بزوال ملكه كما لو لم يرتد ويجب رد ما أخذ من ماله أو ألق عليه كغيره

(فصل) ومتى مات الذي ولا وارث له كان ماله فياً ، وكذلك ما فضل من ماله عن وارثه كن ليس له وارث إلا أحد الزوجين فإن الفاضل عن ميراثه يكون فياً لانه مال ليس له مستحق معين فكان فياً كمال الميت المسلم الذي لا وارث له

(فصل) في ميراث المجوس ومن جرى مجراهم ممن ينكح ذوات المحارم إذا أسلموا ونكحوا البنات لانهم بنو علماء المسلمين خلافاً في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم ، فاما غيره من الانكحة مكل

من الاثنين واثنان من الثلاث أو الثلاث كلهن دفع اليهن ثلثه وان عين الزوج المنكوحات أولاً قبل تعيينه وثبت، وان وطئ واحدة منهن لم يكن ذلك تعييناً وهذا قول الشافعي، وللموطوءة الأقل من المسمى أو مهر المثل ويكون الفضل بينهما موقوفاً وعلى قول أهل العراق يكون تعييناً، فإذا كانت الموطوءة من الاثنين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث ، وان كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنين وان وطئ واحدة من الاثنين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوطء واحدة منه وللموطوءة التي لم يصح نكاحها مهر مثاها، فان أشكل أيضاً أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم ، وعند الشافعي لا حكم للوطء في التعيين وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج فيه قولان فعلى قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل الموطوءتين تعطى كل الأقل من المسمى أو مهر المثل ويقف الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين الثلاث والاثنين، والميراث على ما تقدم، وحكي عن الشعبي والنخعي فمن له أربع نسوة أبت طلاق أحدهن ثم نكح خامسة ومات ولم يدر أيتهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربعة ثلاثة أرباعه ينهن وهذا مذهب أبي حنيفة إذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة إحدى نسائيه طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل ان يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة الأرباع

نكاح اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد اسلامهم توارثوا به سواء وجد بشروطه المعتبرة في نكاح المسلمين او لم يوجد ومالا يقررون عليه بعد اسلامهم لا يتوارثون به ، والمجوس وغيرهم في هذا سواء فلو طلق الكافر امرأته ثلاثاً ثم نكحها ثم أسلمها ومات أحدهما لم يقرأ عليه ولم يتوارثا به ، وكذلك ان مات أحدهما قبل اسلامهما لم يتوارثا في قول الجميع ، وإن تزوجها بغير شهود ثم مات أحدهما ورثه الآخر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهم ، وقال زفر والؤلؤي لا يتوارثان ، وإن تزوج امرأة في عدتها توارثا في ظاهر مذهب أحمد رضي الله عنه فإنه قال إذا أسلمها وقد نكحها في العدة أقرأ عليه ، وهذا قول أبي حنيفة وقال القاضي ان أسلمها بعد انقضاء العدة أقرأ وإن أسلم قبل لم يقرأ فعلى هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثا وإن مات بعده توارثا ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه وتأول القاضي رواية أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة ، وإن تزوجها وهي حبل من زوج أو زنا فالحكم فيه كالتي قبلها سواء لان الزنا موجب للعدة ، وبهذا قال الشافعي رضي الله عنه في الحامل من زوج ، وقال أبو حنيفة وأصحابه في الحامل من زوج لا يتوارثان ، وقال أبو حنيفة والشافعي في الحامل من الزنا يتوارثان وقال أبو يوسف وزفر والؤلؤي لا يتوارثان ، وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه إذا أسلما أو تحكما كما أينا ونذكر ذلك في موضعه ان شاء الله تعالى

الباقية وما بقي بين الاربعة الاول ارباعا وفي قول الشافعي ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم ﴿ باب ميراث المطلقة ﴾

(إذا طلقها في صحته أو مرض غير مخوف طلاقاً بائناً قطع التوارث بينهما)
وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته في صحته طلاقاً بائناً أو رجماً فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً لزوال الزوجية التي هي سبب الميراث وكذلك ان طلقها في مرض غير مخوف لان حكم الطلاق فيه حكم الطلاق في الصحة ، فان طلقها في المرض المخوف فصح من مرضه ذلك ومات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروي عن النخعي والشافعي والتوري وزفر أنها ترثه لانه طلاق في مرض مخوف قصد به الفرار من الميراث فلم يمنعه كالأول لم يصح

ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالملطقة في الصحة ولان حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والعناق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكره يبطل بما إذا قصد الفرار في الصحة

(مسألة) (وإن كان الطلاق رجماً لم يقطعه ما دامت في العدة)

سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه روي ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وذلك لان الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه ويملك امساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صدق جديد

(فصل) فأما القرابة فيرثون بجميعها إذا أمكن ذلك نص عليه أحمد وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وزيد في الصحيح عنه وبه قال النخعي والثوري وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة وأصحابه وبجبي بن آدم وإسحاق وداود والشافعي رضي الله عنهم في أحد قوليه واختاره ابن الأبن وعن زيد أنه ورثه باقي القرابتين وهي التي لا تسقط بحال، وبه قال الحسن والزهرري والأوزاعي ومالك والليث وحماد وهو الصحيح عن الشافعي، وعن عمر بن عبد العزيز ومكحول والشافعي القولان جميعاً، واحتجوا بأنهما قرابتان لا يرث بهما في الإسلام فلا يرث بهما في غيره كالأول أسقط أحدهما الأخرى ولنا أن الله تعالى فرض الام الثلث وللأخت النصف فإذا كانت الام أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين كالشخصين ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدة منهما منفردة لا تنجب أحدهما الأخرى ولا ترجع بها قترث بهما محتمعين كزوج هو ابن عم أو ابن عم هو أخ من أم وكذوي الارحام المدلين بقرابتين، وقيامهم فاسد لان القرابتين في الأصل تسقط أحدهما الأخرى إذا كانا في شخصين فكذلك إذا كانا في شخص، وقولهم لا يرث بهما في الإسلام ممنوع فإنه إذا وجد ذلك من وطء شبهة في الإسلام

(مسئلة) (وان طلقها في مرض الموت المخوف طلاقاً لا يهتم فيه بأن سألته الطلاق أو علق طلاقها على فعل لها منه بد ففعله أو لماته على شرط في الصحة فوجد في المرض أو طلق من لا يرث كالامة والذمية فعنت وأسلمت فهو كطلاق الصحيح في أصح الروايتين)

إذا سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال القاضي فيه روايتان (إحدهما) لا يرثه لانه ليس بنار (والثانية) يرثه لانه طلقها في مرضه وهو قول مالك، وكذلك الحكم إذا خالها أو علق الطلاق على مشيتها ففادت أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعله أو خيرها فاختارت نفسها، والصحيح في هذا كله أنها لا يرثه لانه لا فرار منه وهذا قول أبي حنيفة والشافعي فإن لم تعلم بتعلق طلاقها ففادت ما عاق عليه ورثته لأنها معذورة فيه، ولو سألته طلاقاً فطلقها ثلاثاً ورثته لانه أبانها بما لم يطلبه منه فإن عاق طلاقها على شرط في الصحة فوجد في المرض كقدم زيد وبجبي. زيد وصلاها الفرض بانت ولم يرثه وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح (مسئلة) (فان طلق الزوج المسلم امرأته الذمية أو الامة في المرض طلاقاً بانثاً ثم أسلمت الذمية وعنت الامة ثم مات في عدتهما لم يرثه لانه لم يكن عند الطلاق قاراً)

وفيه رواية أخرى أنها ترث لانه طلاق في مرض الموت فورثته كغيرها هكذا ذكره شيخنا في الكتاب المشروح ولم يذكر في المفني والكافي هذه الرواية الأخيرة

(فصل) فان قال لها أنما طلقناك غداً فعنت الامة وأسلمت الذمية لم يرثه لانه غير قار

(مسئلة) (وان قال سيد الامة أنت حرة غداً فطلقها اليوم وهو يعلم بقول السيد ورثته)

لانه قار وان لم يعلم لم يرثه لعدم الفرار وبه قال ابو حنيفة والشافعي ولم أعلم فيه مخالفاً

ورث بها ثم ان امتناع الارث بها في الاسلام لعدم وجودها ، ولو تصور وجودها لورث بها بدليل
انه قد ورث بنظيرها في ابن عم هو زوج أو أخ من أم

قال ابن القبان : واعتبارهم عندي فاسد من قبل ان الجدة تكون أختاً لاب ، فان ورثوها بكونها
جدة لكون الابن بسقط الاخت دونها لزمهم تورثها بكونها أختاً لكون الام نسقط الجدة دونها
وخالفوا نص الكتاب في فرض الاخت وورثوا الجدة التي لا نص للكتاب في فرضها ، وهو مختلف فيه
فمنهم من قال هو طعمة وليس بفرض مستحق^(١) ويلزمهم ان الميت إذا خلف أمه وأم أم هي أخت ان لا يورثوها
شيئاً لان الجدودة محجوبة وهي أقوى القرابتين ، وان قالوا نورثها مع الام بكونها أختاً قضا اعتبارهم
بكونها أقوى القرابتين وجعلوا الاخوة تارة أقوى وتارة أضعف ، وإن قالوا أقوى القرابتين الاخوة
لان ميراثها أوفر لزمهم في أم هي أخت جعل الاخوة أقوى من جهة الامومة ، ويلزمهم في إسقاط ميراثها
مع الابن والاخ بن الابوين ما لزم القائلين بتقديم الجدودة مع الام . فان قالوا تورثها بالقرابتين بنفسها
الى حجب الام بنفسها إذا كانت أختاً وللميت أخت أخرى قلنا وما المانع من هذا ؟ فان الله تعالى حجب
الام بالاختين بقوله (فان كان له اخوة فلامه السدس) من غير تقييد بغيرها ثم قد حجبوها عن ميراث

(فصل) إذا قال لامرأته في محنته إذا مرضت فأنت طالق فحكمه طلاق المريض سواء
وان أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثاً لم يقبل اقراره عليها وكان حكمه طلاقه في مرضه
وبه قال مالك وابو حنيفة ويقبل عند الشافعي ولنا أنه أقر بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بما لها
(مسألة) (وان كان منهما بقصد حرمانها الميراث مثل أن طلقها ابتداء أو علقه على فعل لا بد
لها منه كالصلاة ونحوها ففعلته أو قال الامة أو ذبية إذا أسلمت أو عتقت فأنت طالق أو علم أن سيد الامة
قال لها أنت حرة غداً فطلقها اليوم ورثته مادامت في العدة ولم يرثها)

وجعلته أنه إذا طلقها في المرض المحوف طلاقاً بائناً ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها
ان مات برؤي هذا عن علي وعمر وعثمان ، وبه قال شرح وعروة والحسن والشعبي والنخعي والثوري
وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي القديم ، وروي
عن عبد الله بن الزبير لا ترث كالبائن في الصحة أو كالموكل بالطلاق باختيارها ولان أسباب الميراث محصورة في رحم
ونكاح وولا . وليس لها شيء من هذه الاسباب

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبع الكلبية من عبد الرحمن بن عوف وكان طلقها في
مرضه فبثها واشهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان أجهل ما لم يثبت عن علي وعبد الرحمن خلاف هذا
بل قد روى عروة أن عمر قال لعبد الرحمن ان مت فلا ورثتها منك قال قد علمت ذلك ، وما روي عن ابن

الاخت بنفسها فقد دخلوا فيما أنكروه بل هو أعظم لانهم فروا من حجب التنقيص إلى حجب الاسقاط وأسقطوا الفرض الذي هو أوفر بالكلية بمحاظته على بعض الفرض الأدنى وخالفوا مدلول أربعة نصوص من كتاب الله تعالى لانهم أعطوا الام الثلث وانما فرض الله لها مع الاختين السدس (والثاني) ان الله تعالى انما فرض لكل واحدة من الاختين اثنا فأعطوا إحداها النصف كاملا (والثالث) ان الله تعالى فرض للاختين الثلثين وهاتان أختان فلم يجعلوا لهما الثلثين (الرابع) ان مقتضى الآية أن يكون لكل واحدة من الاختين الثلث وهذه أخت فلم يعطوها بكونها أختا شيئا ، وهذا كله معنى كلام ابن البيان

(فصل) والمسائل التي تجتمع فيها قرابتان يصح الارث بهما (إحداهن) في الذكور وهي عم هو أخ لام (وخمسة) في الاناث وهي بنت هي أخت أو بنت ابن وأم هي أخت وأم أم هي أخت لاب وأم أب هي أخت لام، فمن ورثهم بأقوى القرابتين ورثهم بالبنة والامومة دون الاخوة وبنة الابن. واختلفوا في الجدة اذا كانت أختا فمنهم من قال الجدة أقوى لانها جهة ولادة لانسقط بالولد، ومنهم من قال الاخوة أقوى لانها أكثر ميراثا. قال ابن شريح وغيره هو الصحيح، ومن ورث بأقوى

الزير ان صح فهو مسبوق بالأجاء ولانه قصد تصدقا، فأدأ في الميراث فهو من بقبض قصده كالناتل اقاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه

(مسئلة) (وان علق طلاقها على فمسل لا بد لها منه كالصلاة المكتوبة والصيام الواجب ففعله فحكمه حكم طلاقه ابتداء) في قول الجميع وكذلك لو علقه على كلاها لا يوبها ولا حدما (مسئلة) (وهل ترثه بعد العدة أو ترثه المطلقة قبل الدخول؟ علي روايتين)

المشهور عن أحمد رحمه الله أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تنزوج قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تنزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحيد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة، وذكر عن أبي ابن كعب لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن أياه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولان سبب توريثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول باقضاء العدة، وفيه رواية أخرى أنها لا ترث بعد العدة وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه، وقول الشافعي القديم لأنها تباح لزواج آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولان توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز كما لو تزوجت، والمطلقة قبل الدخول في مرضه المحرف فيها روايتان كالتي انقضت عدتها إذا كانت كل واحدة منهما لعدة لها

(مسئلة) (وان تزوجت في عدتها لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانث من الزوج الثاني)

القرابتين لم يحجب الام باخوة نفسها إلا ما حكمه محدثون عن مالك أنه حجبها بذلك والصحيح عنه الاول ومن ورث بالقرابتين حجبها بذلك، ومتى كانت البنت أختا والميت رجل فهي أخت لام وان كان امرأة فهي أخت لاب، وان قيل أم هي أخت لام أو أم أم هي أخت لام أو أم أب هي أخت لاب فهو محال (مسائل) من ذلك مجموعي تزوج ابنته فأولدها بنتا ثم ماتت عنهما ابنتا لثلاثين لثلاثين ولا ترث الكبرى بالزوجة شيئا في قولهم جميعا فان ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتا هي أخت لاب فلها النصف بالبنة والباقي بالاخوة، وان ماتت الصغرى قبل الكبرى فقد تركت أما هي أخت لاب فلها النصف والثالث بالقرابتين، ومن ورث بأقوى القرابتين لم يورثها بالاخوة شيئا في المسئلتين وقال ابن شريح يحتمل قول الشافعي رضي الله عنه توريثها بالقرابتين في المسئلتين لأنه لم يمنع توريث الشخص بفرض وتعيين لنورثه ابن العم اذا كان زوجا أو أختا لام وإنما منع الارث بفرضين، فان كان المجموعي أولدها بنتين ثم ماتت الكبرى بعده فقد تركت بنتين هما أختان لاب وان لم تمت الكبرى بل ماتت إحدى الصغيرتين فقد تركت أختا لابوين وأما هي أخت لاب

هذا قول أكثر أهل العلم، وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا الرواية الاولى في المسئلة قبلها ولأنها شخص يرث مع انتفاء الزوجية فورث معها كسائر الوراثين ولما أن هذه وارثة من زوج فلا ترث زوجا سواء كسائر الزوجات ولأن التوريث في حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كالعدة ولأنه انما اختارها ما ينافي نكاح الاول فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها وهكذا لو ارتدت في عذتها ولم تسلم أو فعلت ما ينافي نكاح الاول (فصل) اذا طلق امرأتين ثلاثا قبل الدخول في المرض فقال أبو بكر فيها أربع روايات (أحداهن) لها الصداق كاملا والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسين وعطاء وأبي عبيد لأن الميراث ثبت للدخول بها لفراره منه وهذا قارء، واذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكبل الصداق، قال شيخنا وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لا ما جمعاها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولأن الطلاق لا يوجب عدة على غير المدخول بها (الثانية) لها الميراث والصداق ولا عدة عليها وهو قول عطاء لأن العدة حق عليها فلا تجب بفراره (والثالثة) لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لأن من ترث يجب أن تعتمد ولا يكمل الصداق لقول الله تعالى (وان طلتهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فلا يجوز مخالفة ذلك (والرابعة) لا ترث ولا عدة عليها ولها نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم قال أحمد قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة عليها، وقال الحسن ترث قال أحمد اذهب الى قول جابر لأن الله سبحانه نص على تنصيف الصداق ونفي العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله سبحانه

فلامها السدس بكونها أما والسدس بكونها أختا لآب وانحجبت بنفسها وأختها عن السدس وللأخت النصف، وعلى القول الآخر لها الثلث بالأمومة ولا شيء لها بالأخوة ولا تنحجب بها والأخت النصف قد استوى الحكم في القولين، وإن اختلف طريقتاهما، وعلى ما حكاه سحنون لها السدس وتنحجب بنفسها وأختها، وإن أولدها المجوسي ابنا وبناتهما مات وماتت الصغرى بعده فقد خلفت أما هي أخت لآب وأختا لآم وأب فلامها السدس والباقي للأخ ولا شيء للآم بالأخوة لأن الأخ لا يورث بحجبه، وعلى القول الآخر للآم الثلث كاملا، وإن تزوج المجوسي أمه فأولدها بنتا ثم ماتت فلأمه السدس ولابنته النصف ولا ترث أمه بزوجية شيئا ولا ابنته بكونها أختا لآم شيئا، وإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتا هي بنت ابن فاما الثلثان بالقرابتين وعلى القول الآخر لها النصف، وإن ماتت الصغرى بعده فقد تركت أما هي أم أب فلها الثلث بالأمومة لا غير على القولين جميعا، وإن تزوج ابنته فأولدها ابنة ثم تزوج الصغرى فأولدها بنتا ثم ماتت الكبرى بعده فقد تركت أختها لآيها أحدهما بنتها وبنت أبيها، والأخرى بنت بنتها فلبناتها النصف والباقي بينهما، وعلى القول الآخر لبناتها النصف والباقي للصغرى، وإن ماتت الوسطى بعده فقد تركت أختها أحدهما أمها والأخرى بنتها فلامها السدس ولبناتها النصف والباقي بينهما وعلى القول الآخر الباقي للعصبة، وإن ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أختها أحدهما أمها والأخرى جدتها فلامها

(وإن طلقته من قبل أن تمسوهن وقد فرضن لمن فريضة فنصف ما فرضن) وقال تعالى (يأيتها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم، وأما الميراث فأنها ليست بزوجته ولا معتدة من نكاح أشبهت المطلقة في الصحة فإن خلاها وقال لم أطأها وصارته فلها الميراث وعليها العدة للوفاة ويكمل لها الصداق لأن الخلوة تكفي في ثبوت هذه الأحكام وهذا قول أبي حنيفة

(فصل) وأو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق محقق فأن طلقها واحدة في محنته وأبناها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فحلها حكم ما لا يبدأ طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها وإن طلقها واحدة في محنته وأخرى في مرضه ولم يبينها حتى بانتهى باقضاء عدتها لم ترث لأن طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينوتها

(فصل) وإذا طلقها ثلاثا في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم ماتت في عدتها ففيها وجهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لأنها مطلقة في المرض أشبه ما لو لم ترتد (والثاني) لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها فعلت ما ينافي النكاح أشبه ما لو تزوجت، ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وقال الشافعي لا ترثه

ولما أنها مطلقة في المرض لم تفعل ما ينافي نكاحها مات زوجها في عدتها أشبه ما لو لم ترتد ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لأن النكاح باق، وإن

السدس والباقي بينهما وقد انجبت الام بنفسها وبأما عن السدس، وعلى القول الآخر من جعل الاخوة أقوى فلا الكبرى النصف والوسطى الثلث والباقي للعصبة، ومن جعل الجدود أقوى لم يورث الكبرى شيئاً لانها لا ترث بالاخوة لكونها ضعيفة ولا بالجدود لكونها محجوبة بالامومة، وإن ماتت الصغرى بعد الوسطى فقد خلفت جدة هي أخت لاب فلها الثلث بالقرابتين ومن ورث باحداها فلها السدس عند قوم وعند ابن شريح ومن وافقه لها النصف وهو اختيار الخبري، مجرمي تزوج أمه فأولدها بنتاً ثم تزوج بنته فأولدها ابناً ثم تزوج الابن جدته فأولدها بنتاً ثم مات المجرمي ثم ماتت أمه فقد خلفت بنتا هي بنت ابن وبنتا أخرى هي بنت ابن ابن وخلفت ابن ابن هو زوجها فلابنتها الثلثان والباقي بين الكبرى وابنها على ثلاثة ونصف من تسعة لكبرى أربعة والصغرى ثلاثة ولا ذكر سحان وعلى القول الآخر الباقي للذكر وحده فإن مات بعده بنته فإن الكبرى جدتها أم أبيها وهي أختها من أمها فلها السدسان بالقرابتين، وفي الثاني لها السدس باحداها

(فصل) وإن وطئ مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها فولدت له وانفق مثل هذه لانه لا يحكم فيها مثل هذا سواء

انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر، وإن قلنا إن الفرقة تنعجل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويتخرج أن يرثه الآخر إذا كان ذلك في مرض موته لأنه تحصل به البيئونة أشبه الطلاق وهو قول مالك وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج

(فصل) فإن علق طلاقها على فعل نفسه وفعله في المرض ورثته لانه أوقع الطلاق بها في المرض أشبه ما لو كان التعاقب في المرض وإن قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته ولا يرثها إن ماتت وإن مات الغلام والزوج مريض طاعت وكان كتمليقاً على محي زيد على ما ذكرنا وكذلك إن قال إن لم أوفك مهرك فأنت طالق فإن ادعى أنه وقاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في يورثه منها لأن الأصل بقاء النكاح ولم يصدق في براءته منه لأن الأصل بقاؤه في ذمته ولو قال لما في الصحة أنت طالق إن لم أتزوج عليك فكذلك نص عليه أحمد وهو قول الحسن ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وإن ماتت لم يرثها وإن قذفها في صحته ثم لاعنها في مرضه ثم مات فيه لم يرثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي والقرطبي وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول أبي يوسف وإن آلى منها ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت منه بالايلاء لم يرثه

(مسئلة) (وإن أكره الابن امرأة أبيه في مرض أبيه على ما يفسخ نكاحها لم يقطع ميراثها

﴿مسئلة﴾ قال (واذا غرق المتوارثان أو ماتا تحت هدم فجعل أولهما موتاً وورث بعضهم من بعض)

وجملة ذلك أن المتوارثين إذا ماتا فجعل أولهما موتاً فإن أحدهما قال أذهب إلى قول عمر وعلي وشرح وإبراهيم والشعبي يرث بعضهم من بعض يعني من تلاد ماله دون طارفة وهو ما ورثه من ميت معه . وهذا قول من ذكره الامام أحمد وهو قول إيس بن عبد الله المزني وعطاء والحسن وحيد الاعرج وعبد الله ابن عتبة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم وإسحاق حكي ذلك عن ابن مسعود قال الشعبي وقع الطاعون بالشام عام حواس فجعل أهل البيت يموتون من آخرهم فكتب في ذلك إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر أن ورثوا بعضهم من بعض

وروي عن أبي بكر الصديق وزيد وابن عباس ومعاذ والحسن بن علي رضي الله عنهم أنهم لم يورثوا بعضهم من بعض وجعلوا المال لكل واحد من ورثته ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو الزناد والزهري والأوزاعي ومالك والشافعي رضي الله عنهم وأبو حنيفة وأصحابه ، ويروى ذلك عن عمر والحسن البصري وراشد بن سعد وحكيم بن عمير وعبد الرحمن بن عوف

إلا أن يكون له امرأة سواها إذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها إن ماتت وهو قول أبي حنيفة وأصحابه فإن طارفته على ذلك لم ترث لأنها مشاركة له فيما يفسخ نكاحها أشبه ما لو خالغته وسواء كان للميت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن فإن انتفت التهمة عنه بأن لا يكره وارثا كالكاثر والقائل والرقيق أو كان ابنا من الرضاة أو ابن ابن محبوب بابن الميت أو بأبوين وابنتين أو كان للميت امرأة أخرى نحو ميراث لزوجات لم ترث لانقضاء التهمة ولو صار ابن الابن وارثا بعد ذلك لم ترث لانقضاء التهمة حال الوطء ولو كان وارثا حين الوطء فعاد محجوباً عن الميراث ورثت لوجود التهمة حين الوطء ولو كان المريض امرئاً فاستكره ابنه إحداها لم ترث لانقضاء التهمة ليكون ميراثها لا يرجع إليه وإن استكره الثانية بعدها ورثت الثانية لأنه منهم في حقها ولو استكرهها معاً دفعة واحدة ورثنا معاً وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه وأما الشافعي فلا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام وكذا الحكم فيما إذا وطئ المريض من يفسخ نكاحه بوطئها كأن امرأته فإن امرأته تبين منه ورثته إذا مات في مرضه وسواء طارفته الموطوءة أولاً لأن مطاوعتها ليس المرأة فيه فعل يسقط به ميراثها فإن كان زائل العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون قاراً من ميراثها وكذلك لو وطئ بنت امرأته كرها لها وهو زائل العقل فإن كان صبياً عاقلاً ورثت لأن له قصداً صحيحاً وقال أبو حنيفة هو كالجنون لأن قوله لا عبرة به وللشافعي فيما إذا وطئ الصبي بنت امرأته وأما قولان أحدهما لا يفسخ به نكاح امرأته لأنه لا يجرم والثاني تبين امرأته فلا ترثه ولا يرثها وفي القبل والمباشرة دون

وروي عن أحمد ما يدل عليه فإنه قال في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته ، وقال آخرها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأختها وزوجها نصفين فجعل ميراث كل واحد منهما للأخياء من ورثته فيحتمل أن يجعل هذا رواية عن أحمد في جميع مسائل الباب ، ويحتمل أن يكون هذا قوله فيما إذا ادعى وارث كل ميت أن موروثه كان آخرهما موتا ويرث كل واحد منهما من الآخر إذا اتفق ورثتهم على الجهل بكيفية موتهم لأن دعوى المدعى عليه فيحلف على إبطال دعوى صاحبه ويتوفر الميراث له كفي سائر الحرق بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل فلا تتوجه بين لأن البين لا يشرع في وضع اتفقوا على الجهل به واحتج من قال بعدم توريث بعضهم من بعض بما روي سعيد حدثنا عما يمل بن عياض عن يحيى بن سعيد أن قتلى الجيامة وقتلى صفين والحرة لم يورثوا بعضهم من بعض وورثوا عصبتهم الأحياء

وقال حدثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد بن عمر قالتان المصباحان في الطريق فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه فلم ترثه ولم يرثها وان الفرج روايتان إحداهما تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لأنها مباشرة تحرم في غير النكاح والملك أشبهت الوطء والثانية لا تنشره لأنه ليس بسبب للبعضية فلا ينشر الحرمة كالنظرة والحلوة وخرج أصحابنا في النظر إلى الفرج والحلوة لشهوة وجها أنه ينشر الحرمة والصحيح أنها لا تنشر (مسئلة) (وإن فعلت المرأة في مرض موتها ما يفسخ نكاحها لم يسقط ميراث زوجها وذلك بأن ترضع امرأة زوجها الصغيرة أو زوجها الصغير أو ارتدت فإن زوجها يرثها ولا ترثه وهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي لا يرثها

ولنا أنها أحد الزوجين فر من ميراث الآخر فأشبه الرجل

(فصل) وإن اعتدت فاختارت نفسها أو كان الزوج عتيقا فاجل سنة فلم يرثها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقته وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين ذكره ابن القبان في كتابه وذكر القاضي في الممتنة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الضرر لا لفرار من الميراث وإن قبلت ابن زوجها بالشهوة خرج فيه وجهان أحدهما يفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت ربيعة وماتت في عدتها وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه والثاني لا يفسخ النكاح به وهو قول الشافعي ولو أن رجلا زوج ابنة أخيه صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بغير خلاف علناه لأن النكاح من أصله قاسد في صحيح المذهب وهو قول الشافعي وروي عن أحمد ما يدل على صحته ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه لأن الفسخ لازالة الضرر لا من أجل الفرار كما لو فسخت المعتقة نكاحها

(مسئلة) (وإن خاف زوجات نكاح بعضهن قاسد أفرع يبنهن فن أصابها القرعة فلا ميراث لها)

أهل صنفين وأهل الحرة لم يتوارثوا ولأن شرط التوريث حياة الوارث بعد موت المورث وهو غير معلوم ولا يثبت التوريث مع الشك في شرطه ، ولأنه لم تلم حياته حين موت موروثه فلم يرثه كالحل إذا وضعته ميتا ، ولأن الأصل عدم التوريث فلا تثبته بالشك ولأن توريث كل واحد منهما خطأ يقينا لأنه لا يخلو من أن يكون موتهما معا أو سبق أحدهما به وتوريث السابق بالموت والميت معه خطأ يقينا يخالف للاجماع فكيف يعمل به ؟

فإن قيل ففي قطع التوريث قطع تورث المسبوق بالموت وهو خطأ أيضا قلنا هذا غير متيقن لأنه يحتمل موتهما جميعا فلا يكون فيهما مسبوق ، وقد احتج بعض أصحابنا بما روى إياس بن عبد الله المزني أن النبي ﷺ سئل عن قوم وقع عليهم بيت فقال « يرث بعضهم بعضا » والصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسئول وليس برأيه عن النبي ﷺ ، هكذا رواه سعيد في سننه وحكاها الإمام أحمد عنه ، وقال أبو ثور وابن شريح وطائفة من البصريين : يعطي كل وارث اليقين ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الأمر ، بصطلحوا . وقال الخبري هذا هو الحكم فيما إذا علم موت أحدهما قبل صاحبه ولم يذكر فيه خلانا

قد ذكرنا أن النكاح الفاسد لا يثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي فإذا اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فقد روي عن أحمد ما يدل على أنه يقرع بينهما في الميراث إذا مات عنها ذكره أبو بكر فمن خرجت لها القرعة فلا ميراث لها وكذلك لو طلق واحدة من نسائه وانسبها لأنه اشتبه المستحق بغيره فوجب المصير إلى القرعة كما لو اعتق في مرضه عبداً فأم يخرج من الثالث إلا أحدم بروى ذلك عن علي رضي الله عنه وقد ذكرنا ذلك فيما قبل هذا الباب والاختلاف فيه والتفرع عليه (مسئلة) إذا طلق أربع نسوة في مرضه فأنقضت عدتهن ثم تزوج أربعا شوأهن فال ميراث لزوجات وعنه أنه بين الثمان

وجملة ذلك أن المريض إذا طلق امرأته ثم نكح أخرى ثم مات لم يخل من حالين أحدهما أن يموت في عدة المطلقة فترثه جميعا وهذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي والقول الآخر لا ترث المبتوتة فيكون الميراث كله لثانية وقال مالك الميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وذكره بعض أصحابنا وجها في المذهب لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا صحيحا فإنها إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو تزوج عليها لم يطلقها لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات فكذلك إذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاثا في مرضه فليس للمطلقة الأربع ميراث لزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربعه

(الحال الثاني) أن يموت بعد انقضاء عدة المطلقة فيكون الميراث كله لزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وفي الرواية الأخرى الميراث للأربع كما لو مات في عدة المطلقة

(ومن مسائل ذلك) أخوان غرقا أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو من ورث كل واحد منهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولى أخيه ومن لم يورث أحدهما من صاحبه جعل ميراث كل واحد منهما لمولاه . ومن قال بالوقف وقف مالهما فان ادعى كل واحد من الموليين ان مولاه آخرهما موتا حلف كل واحد منهما على ابطال دعوى صاحبه وأخذ مال مولاه على ثلاثة الخرفي وإن كانت لها أخت فلها اثنتان من مال كل واحد منهما على القول الاول والنصف على القول الثاني وإن خلف كل واحد منهما بنتا وزوجة فن لم يورث بعضهم من بعض صحبها من ثمانية لأمراءه الثمن ولا بنته النصف والباقي لمولاه ، ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه ثم قسمه بين ورثة أخيه على ثمانية ثم ضربها في الثمانية الاولى فصحت من أربعة لأمراءه ثمانية ولا بنته اثنتان وثلاثون ولأمراءه أخيه من الباقي ثلاثة ولا بنته اثنا عشر ولمولاه الباقي تسعة : أخت غرقا ولها أم وعم وزوجان فن ورث كل واحد من صاحبه جعل ميراث الاخ بين امرأته وأمه وأخته على ثلاثة عشر فأصاب الاخت منها فميراث زوجها وأما وعمها على ستة فصحت المستثنان من ثلاثة عشر لأمراءه ثلاثة وللأم أربعة ميراثها من الاخ واثنتان ميراثها من الاخت ولعم سهم وميراث الاخت بين زوجها وأما وأخيه على ستة : لأخيه سهم بين أمه وأمرأته

وعند مالك الميراث كله المطلقة فان كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثا في مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح اختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الاوائل وهذا قول أبي حنيفة ومالك وقال الشافعي النكاح صحيح والميراث للجديدة مع باقي المنكوحات دون المطلقة وبجي . على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للمنكوحة (والثاني) أن يكون بينهما على خمسة لكل واحدة خمسة فان مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان أحدهما لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق والثانية ترث مهن ولا شيء للمنكوحة وعند الشافعي الميراث للمنكوحات ولا شيء . للمطلقة فان تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة؟ على روايتين (أحدهما) لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة أن يرث ثمان نسوة وأن ترثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان أو أختان وتورث المطلقات بعد العدة يلزم من هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان (أحدهما) يكون الميراث بين الخمس ، و (الثاني) يكون للمطلقة والمنكوحات الاوائل دون

الجديدة لان المريض ممنوع من أن يحرمن ميراثهن بالطلاق فكذلك يمنع من تقيضهن منه .

قال شيخنا وكلا الوجهين بعيد ، أما أحدهما فيرده نص الكتاب على تورث الزوجات فلا يجوز مخالفته بتغير نص ولا إجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه ، وأما الآخر

ومعه على اثني عشر نضرها في الاولى تكن من اثنين وسبعين والضرر في هذا القول على من يرث من أحد الميتين دون الآخر وينتفع به من يرث منهما ، ثلاثة أخوة من أبوين غرقوا ولهم أم أو عصبة فقد روت أحدهم أولاً فلامه السدس والباقي لأخويه فتصح من اثني عشر لكل واحد من أخويه خمسة بين أمه وعصبته على ثلاثة فنضرها في الاولى تكن ستة وثلاثين للام من ميراث الاول السدس ستة ومما ورثه كل واحد من الاخوين خمسة فصار لها ستة عشر والباقي للعصبة ولها من ميراث كل واحد من الاخوين مثل ذلك . ذكر هذه المسئلة أبو بكر : ثلاثة أخوة . مفترقون غرقوا وخلف كل واحد منهم أخته لأبويه فقد روت موت الاخ من الابوين أولاً عن أخته من أبويه وأخويه من أبيه وأخويه من أمه فصحت مسئلته من ثمانية عشر لأخيه من أمه . منها ثلاثة بين أخته من أبيه وأخته من أمه على أربعة وأصاب الاخ من الاب منها اثنين بين أخيه من أبويه وأخته من أبيه على أربعة فتجزي . بإحدهما ونضرها في الاولى تكن اثنين وسبعين ثم قدر موت الاخ من الام عن أخت لأبوين وأخ وأخت لام فثلاثة من خمسة أيضاً نضرها في الاولى تكن خمسة وعشرين ثم قدر موت الاخ من الاب عن أخت لأبويه وأخ وأخت لأبيه فهي من ستة ثم مات الاخ من الاب عن ثلاث أخوات مفترقات فهي من خمسة

فلأن الله لم يبيح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بالزوجية وعلى هذا لو طلق أربعاً في مرضه وانقضت عدته ونكح أربعاً سواهن ثم مات من مرضه فعلى القول الاول وهو المختار يرثه المنكوحات خاصة ، وعلى الثاني يكون فيه وجهان . (أحدهما) : أنه بين الثماني . و (الثاني) . أن الميراث كله للمطلقات ، وهو قول مالك لأن نكاح المتجددات غير صحيح عنده ، وإن صح من مرضه ثم تزوج أربعاً في صحته ثم مات فالميراث لمن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات الا في قول مالك ومن وافقه وكذلك ان تزوجت المطلقات لم يرثن إلا في قول مالك ومن وافقه .

(فصل) ولو طلق أربعاً بعد دخوله بهن في مرضه وقال قد أخبرني بانقضاء عدتهن وكذبته فله أن ينكح أربعاً سواهن إذا كان ذلك في مدة يمكن انقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله عليهن في حرمان الميراث . وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف والأولائي إذا كان بعد أربعة أشهر وقال زفر لا يجوز له التزويج أيضاً ، والاول اصح لأن هذا الحكم فيما بينه وبين الله تعالى لاحق لمن فيه فقبل قوله فيه فعلى هذا أن تزوج أربعاً في عقد واحد ثم مات ورثته المطلقات دون المنكوحات إلا أن يمتن قبله فيكون الميراث للمنكوحات وإن أقررن بانقضاء عدتهن وقتنا لا ميراث لمن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضاً ، وإن مات منهن ثلاث فالميراث للباقية ، وإن ماتت منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وإن مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثة أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو

تضربها في الاولى تكن ثلاثين فان خلف بنتا وآخرين فلم يقسموا التركة حتى غرق الاخوان وخلف أحدهما امرأة وبناتا وخلف الآخر ابنتين وبنتين الاولى من أربعة مات أحدهم عن سهم ومستهنته من ثمانية لاخته منها ثلاثة بين اولاده على ستة رجعوا الى اثنتين تضربها في ثمانية تكن ستة عشر ، وفريضة الآخر من ستة يتقمان بالنصف فاضرب نصف إحداهما في الاخرى تكن ثمانية وأربعين ثم لم أربعة تكن مائة واثنين وتسعين للبنت نصفها ولاولاد الاخ عن ابيهم ربها وعن عمهم ثمانية عشر حمار لهم ستة وستون ولامرأة الاخ ستة ولبنته أربعة وعشرون

(فصل) وإن علم خروج روحها معا في حال واحدة لم يرث أحدهما صاحبه وورث كل واحد الاحياء من ورثته لان توريثه مشروط بحياته بعده وقد علم انتفاء ذلك وان علم أن أحدهما مات قبل صاحبه بعينه ثم أشكل أعطي كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يتبين الامر أو يصطلحوا قال القاضي وقياس المذهب أن يقسم على سبيل ميراث الفرقى الذين جهل حالهم وان ادعى ورتة كل ميت أنه أخرهما موتا فهي مسئلة الحرقى رضي الله عنه وقد نص فيها الامام أحمد رحمه الله عليه أن ورثة كل ميت يحلفون ويختصمون بميراثه فيحتمل ان يقاس على هذه الصورة سائر الصور فيخرج في

من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معا لانه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز وكان صحيحاً فان تزوج المنكوحات في أربع عقود مات من المطلقات واحدة ورث مكاتها الاولى من المنكوحات وإن مات اثنتان ورثت الاولى والثانية وإن مات ثلاث ورثت الاولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف والولوي فأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدقه المطلقات ، وأما الشافعي فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات فعلى قوله إذا طلق أربعاً ونكح أربعاً في عقد أو عقود ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان : (أحدهما) ان الميراث بين الثمان . وعلى الثاني هو للمطلقات خاصة ، وإن مات بعض المطلقات أو انقضت عدتهن فللمنكوحات ميراث الميتات وإن ماتت واحدة فللزوجات ربع ميراث النساء وإن مات اثنتان فللزوجات نصف الميراث ، وان مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباعه إن كان نكاحهن في عقد واحد وان كان في عقود متفرقة فاذا ماتت من المطلقات واحدة فميراثها الاولى من المنكوحات ، وميراث الثانية والثالثة للميتات

(فصل) إذا قال الرجل لنسائه إحدا كن طالق يعني واحدة بعينها طلق وحدها ويرجع إلى ثمينته ويؤخذ بنفقة كلهن إلى أن يعين ، وإن كان الطلاق بائناً منع منهن إلى أن يعين فان قال أردت هذه طلقت وحدها وإن قال لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة فان عاد فقال أخطأت إنما أردت هذه طلقت الاخرى ، وإن متن ، أو أحدهن ، قبل أن يبين رجوع إلى قوله فن أقر بطلاقها حرمانه

الجميع روايتان ويحتمل أن يختص هذا الحكم بهذه الصورة دون غيرها لأن هذه الصور فيها مدع ومنكر واليمين على من أنكر بخلاف بقية الصور والله اعلم

(مسئلة) قال (ومن لم يرث لم يحجب)

يعني من لم يرث لمعنى فيه كالحالف في الدين والرقيق والقائل فهذا لا يحجب غيره في قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين إلا ابن مسعود ومن وافقه فانهم يحجبون الام والزوجين بالولد الكافر والقائل والرقيق ويحجبون الام بالاخوة الذين هم كذلك ، وبه قال أبو ثور وداود وتابعه الحسن في القائل دون غيره وأما لم يمسكوا بعموم قوله تعالى (فإن كان لمن ولد فلنكم الربع مما تركن - وإن كان لكم ولد فلن الثمن مما تركن) وقوله تعالى (ولا يورثه اكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد) وقوله (فإن كان له اخوة فلامه السدس) وهؤلاء أولاد واخوة وعدم ارثهم لا يمنع حجبهم كالاخوة مع الابوين يحجبون الام ولا يرثون

ولنا أنه ولد لا يحجب الاخوة من الام ولا يحجب ولده ولا الاب الى السدس فلم يحجب غيرهم

ميراثها وأحلفناه لورثة من لم يعينها ، وهذا قول الشافعي وإن لم يعين بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالقرعة وكذلك إن طلق واحدة من نسائه بعينها وأنسيها فماتت أخرجت بالقرعة فمن تقع عليها القرعة فلا ميراث لها .

روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور ، وروى عطاء عن ابن عباس أن رجلاً سأله فقال إن لي ثلاث نسوة وإنني طالقت إحداهن فبنت طلاتها فقال ابن عباس إن كنت نويت واحدة بعينها ثم أنسيها فقد اشتركت في الطلاق وإن لم تكن واحدة بعينها طلق أيهن شئت .

وقال الشافعي وأهل العراق يرجع الى تعيينه في المسائل كلها فان وطئ احداهن كان تعييناً لها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي ، وقال الشافعي لا يكون تعييناً فان مات قبل أن يتبين فالميراث يذهب كلهن في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي يوقف ميراثهن وإن كان الطلاق قبل الدخول دفن الى كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي من مهرهن ، وقال داود يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة ولكل واحدة مهر كامل والميراث يذهب وإن متن قبله طلقت الاخيرة في قول أهل العراق وقال الشافعي يرجع الى تعيينه على ما ذكرنا .

ولنا قول عمر رضي الله عنه ولا يمارضه قول ابن عباس لأن ابن عباس يعترف لي بتقديم قوله فانه قال إذا ثبت لنا عن علي قولاً لم نعد له غيره وقال ما علمي إلى علم علي إلا كالقرارة الى المتعذر ولانه إزالة ملك عن آدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق وقد ثبت هذا في العتق بخبر عمران بن حصين ولأن الحقوق تساوت على وجه تعذر تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل

كالميت ولانه لا يؤثر في حجب غير الام والزوجين فلم يؤثر في حجبهم كالميت والآية أريد بها ولد من أهل الميراث بدليل أنه لما قال (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أراد به الوارث ولم يدخل هذا فيهم ولما قال (إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) لم يدخل هذا فيهم ، وأما الاخوة مع الاب فهم من أهل الميراث بدليل أنه لولا الاب لورثوا وإنما قدم عليهم غيرهم ومنعوا مع أهليتهم لان غيرهم أولى منهم فاعتناح ارثهم لما منع لا لانتفاء المقتضي

(فصل) فأما من لا يرث لحجب غيره له فإنه يحجب وإن لم يرث ، كالاخوة بمحبوبون الام وهم محجوبون بالاب لان عدم ارثهم لم يكن لغنى فيهم ولا لانتفاء أهليتهم بل لتقديم غيرهم عليهم والمغنى الذي حجبا به في حال ارثهم موجود مع حجبهم عن الميراث بخلاف مسئلتنا. فعلى هذا اذا اجتمع أبوان وأخوان أو أختان فللام السدس والباقي للاب ويحجب الاخوان الام عن السدس ولا يرثون شيئا ، ولو مات رجل وخلف أباه وأم أبيه وأم أمه لحجب الاب أمه عن الميراث وحجبت أمه أم أم الام على قول. من يحجب الجدة بابنها والبعدي من الجدات بمن هي أقرب منها ويكون المال جميعه للاب

فيه القرعة كالسفر والقسمة بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى احدا من مال انتسخته وتنقيص بعضهم حقاً يقينا والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقيناً .

(فصل) ولو كان له امرأتان فطلق إحداها ثم ماتت إحداها ثم ماتت أقرع بينهما فن وقت ماها قرعة الطلاق لم ير لها ان كانت الميتة ولم تره ان كانت الاخرى ، وفي قول أهل العراق يرث الاولى ولا تره الاخرى ، وللشافعي قولان أحدهما يرجع إلى تعيين الوارث فان قال طلق الميتة لم ير لها ورثته الحية وان قال طلق الحية حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الحية ، والقول الثاني بوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الحية ، وان كان له امرأتان قد دخل بإحداها دون الاخرى فطلق إحداها لا بعينها فمن خرجت لها القرعة فلها حكم الطلاق وللأخرى حكم الزوجية . وقال أهل العراق للمدخول بها ثلاثة أرباع الميراث إن مات في عدها وللأخرى وبه لان للمدخول بها نصفه يقين والنصف الآخر يتداعيان فيكون بينهما وفي قول الشافعي النصف للمدخول بها والباقي موقوف ،

وإن كانتا مدخولا بها فقال في مرضه أردت هذه ثم مات في عدها لم يقبل قوله لان الاقرار بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للأخرى ، وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للريضة امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث وللأنتين نصفه ، وعند الشافعي يوقف نصفه .

(فصل) في ميراث الحمل اذا مات الانسان عن حمل يرثه وقف الامر حتى يتبين فان طالب الورثة بالقسمة لم يعطوا كل المال بغير خلاف إلا ما حكى عن داود ، والصحيح عنه مثل قول الجماعة ولكن يدفع إلى من لا ينقصه الحمل كمال ميراثه وإلى من ينقصه أقل ما يصيبه ولا يدفع إلى من يسقطه شيء ، فأما من يشاركه فأكثر أهل العلم قالوا يوقف للحمل شيء ، ويدفع إلى شركائه الباقي بهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والليث وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي ، والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء ، لأن الحمل لاحد له ولا فإلم كم يترك له

وقد حكى الماوردي قال : أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالباً للعلم وكان من أهل الدين والفضل أن امرأة ولدت باليمن شيئاً كالكرش فظن أن لاولد فيه فألقي على قارعة الطريق فلما طلعت الشمس وحى بها تحرك فأخذ وشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور وعاشوا جميعاً وكانوا خلقة سوياً إلا أنه كان في أحضادهم قصر قال وصار عني أحدم فصبر عني فكنت أعير به فيقال صرعتك سبع رجل وقد أخبرني من أثق به سنة ثمان وستمائة أو سنة تسع عن ضرر بدمشق أنه قال ولدت امرأتني في هذه الأيام سبعة في بطن واحد ذكوراً وإناثاً وكان بدمشق أم ولد لبعض كبراءها وتزوجت بعده

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطاق أحدهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عليها ثم مات ولم يبين فله خامسة ربع الميراث والمهر ويقرب بين الأربع ، وقال أهل العراق لمن ثلاثة أربع الميراث بينهما ، وإن كن غير مدخول بهن فلهن ثلاثة مهور ونصف ، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أربع الميراث ومهر ونصف بين الأربع فإن جاءت واحدة تطلب ميراثها لم تعط شيئاً ، وإن طلبه اثنتان دفع إليهما ربع الميراث وإن طلبه ثلاث دفع إليهن نصفه وإن طلبه الأربع دفع إليهن ، ولو قال بعد نكاح الخامسة احداً كن طالق فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لأنها شريكة ثلاث وباقي بين الأربع كالاولى والخامسة سبعة أثمان مهر لأن الطلاق نقصها وثلاثاً معها نصف مهر ويبقى للأربع ثلاثة مهور وثمانين في قول أهل العراق ، فإن تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كامل والخامسة ربع ما بقي وسبعة أثمان مهر وللأربع ربع ما بقي وثلاثة مهور وثمانين ويكون الربع مقسوماً على أربعة وستين ، فإن قال بعد ذلك احداً كن طالق لم يختلف الميراث ولكن للمهور فللسادسة سبعة أثمان مهر وللخامسة خمسة وعشرون جزءاً من اثنين وثلاثين جزءاً من مهر ويبقى للأربع مهران وسبعة وعشرون جزءاً من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وباقي بين الأربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الأربع ويدفع إلى كل واحدة نصيب

(فصل) في الاشتراك في الطهر إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من مثله فأنت بولد يمكن أن يكون منهما كأن بطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو بطأ الانسان جاريته ثم

من كان بقرأ علي وكانت تلد ثلاثة في كل بطن ، وقال غيره هذا نادر ولا يعول عليه فلا يجوز منع الميراث من أجله كالولم يظهر بالمرأة حل . واختلف القائلون بالوقف فيما يوقف فروي عن أحد أنه يوقف نصيب ذكرين ان كان ميراثهما أكثر أو ابنتين إن كان نصيبهما أكثر وهذا قول محمد بن الحسن والأولوي وقال شريك يوقف نصيب أربعة فاني رأيت بنى اسماعيل أربعة ولدوا في بطن واحد محمد وعمر وعلي قال يحيى بن آدم واظن الرابع اسماعيل وروى ابن المبارك هذا القول عن أبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي رضي الله عنه وقال الليث وأبو يوسف يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضمين من الورثة

ولنا ان ولادة التوأمين كثير معتاد فلا يجوز قسم نصيبهما كالواحد وما زاد عليهما نادر فلم يوقف له شيء كالخامس والسادس ومتى ولدت المرأة من يرث الموقوف كله أخذه وان بقي منه شيء رد إلى أهله وان أعوز شيئاً رجع على من هو في يده

(مسائل) من ذلك امرأة حامل وبنت للمرأة التزول بنت خمس الباقي وفي قول شريك تسعة وفي قول أبي يوسف ثلثة بضمين ولا يدفع إليها شيء في المشهور عن الشافعي رضي الله عنه وان كان مكان البنت ابن دفع إليه ثلث الباقي أو خمسة أو نصفه على اختلاف الأقوال ومتى زادت الفروض

بيهما قبل أن يستبرئها فيطؤها المشتري قبل استبرائها، أو يطؤها رجلان بشبهة ، أو يطلق رجل امرأته فيزوجها رجل في عدتها ويطؤها ، أو يطلق إنسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها سيدها أو زوجها فيه ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القافة معهما وهذا قول عطاء ومالك والليث والاوزاعي والشافعي ، فان ألحقته بأحدهما لحق به وإن فقتة عن أحدهما لحق الآخر ، وسواء ادعياء أو لم يدعياء أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر ، وإن ألحقته القافة بهما لحق بهما وكان بينهما وهذا قول الاوزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وعن مالك لا يرى ولد الحرة للقافة بل يكون لصاحب الفرائص الصحيح دون الواطيء بشبهة ، وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد وإن ألحقته القافة بأكثر من واحد كان بمنزلة ما لم يوجد قافة ، ومتى لم يوجد قافة أو أشكل عليها أو اختلف القاتنان في نسبها فقال أبو بكر يضيع نسبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبداً وهو قول مالك وقال ابن حامد يترك حتى يبلغ فينتسب إلى أحدهما وهو قول الشافعي في الجديد وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينتسب إلى أحدهما وفتته عليهما إلى أن ينتسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أنفق ، وإذا ادعى اللقيط اثان أرى القافة معهما وإن مات الولد المدعى في هذه المواضع قبل أن يرى القافة وله ولد أرى ولده القافة مع المدعين ولو مات الرجلان أرى القافة مع عصبتها ، فان ادعاه أكثر من اثنين فألحقته القافة بهم لحق ونص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروى عن أبي ثور وأبي يوسف وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين وروى أيضاً عن أبي يوسف

على ثلث المال فيراث الاناث اكثر فاذا خلف أبوين وامرأة حاملاً فللمرأة ثلاثة من سبعة وعشرين وللأبوين ثمانية منها ويوقف ستة عشر، ويستوى ههنا قول من وقف نصيب أربعة وقال أبو يوسف تعطى المرأة ثمنها كاملاً والأبوان ثلثاً كاملاً ويؤخذ منهم ضمين، فإن كان معهم بنت دفع إليها ثلاثة عشر من مائة وعشرين وفي قول شريك ثلاثة عشر من مائتين وستة عشر وفي قول أبي يوسف ثلاثة عشر من اثنين وسبعين ويؤخذ من الكل ضمناً من البنت لاحتمال أن يولد أكثر من واحد ومن الباقيين لاحتمال أن تعول المسئلة، وعلى قولنا يوافق بين سبعة وعشرين ومائة وعشرين بالاثلاث ونضرب ثلث احداً في جميع الاخرى تكن الفأ وثمانين وتعطى البنت ثلاثة عشر في تسعة تكن مائة وسبعة عشر وللأبوين والمرأة أحد عشر في اربعين وما بقي فهو موقوف. زوج وأم حامل من الاب المسئلة من ثمانية لزوج ثلاثة وللأم سهم ويوقف أربعة وقال أبو يوسف هي من ثمانية يدفع الى الزوج ثلاثة وإلى الأم سهمان وتقف ثلاثة وتأخذ منها ضميناً هكذا حكى الخبري عنه، فإن كان في المسئلة من يسقط بولد الأبوين كعصبة أو أحد من ولد الاب لم يهط شيئاً ولو كان في هذه المسئلة جد فالزوج الثلث وللأم السدس ولجد السدس والباقي موقوف، وقال أبو حنيفة لزوج النصف وللأم السدس ولجد السدس ويوقف

وقال أبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم لا حكم للقافة بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنه فإن ادعى معاً فهو ابنيهما وكذلك إن كثر الواطئون وادعوه مما فانه يكون لهم جميعاً وروي أيضاً عن علي رضي الله عنه أنه قضى في ذلك بالقرعة مع اليمين وبه قال ابن أبي ليلى وإسحاق وعن أحمد نحوه إذا عدت القافة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولاً عليها في باب اللقيط والفرس ههنا ذكر ميراث المدعي والتوريث منه وبيان مسائله

(مسئلة) (إذا ألحق باثنين مات وترك أما حرة فلها الثلث والباقي لهما وإن كان لكل واحد منهما ابن سواء أو لاحدهما ابنان فلامه السدس وإن مات أحد الأبوين وله ابن آخر فإله بينهما نصفين فإن مات الغلام بعد ذلك فلامه السدس والباقي للباقي من أبويه ولا شيء لاختوته لانهما محجوبان بالاب الباقي، فإن مات الغلام وترك ابناً فللباقي من الأبوين السدس والباقي لابنه وإن مات قبل أبويه وترك ابناً فلهما جميعاً السدس والباقي لابنه، فإن كان لكل واحد منهما أبوان ثم ماتا ثم مات الغلام وله جدة أم أم وابن فلام أمه نصف السدس ولأبي المدعين نصفه كأنهما جدة واحدة وللجدين السدس والباقي للابن فإن لم يكن ابن فللجدين الثلث لانهما بمنزلة جد واحد والباقي للأخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لأن الجد يسقط الاخوة، وإن كان المدعيان آخرين والمدعى جارية فإنا وخانما أباهما فلها من مال كل واحد نصفه والباقي للأب فإن مات الأب بعد ذلك فلها النصف لانهما بنت ابن وحكي الخبري عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أن لهما الثلثين لأنها بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن، وإن كان المدعى ابناً فإت أبواه ولا أحدهما بنت ثم مات أبوها فإراثه بين الغلام

السدس بين الجد والام ولا شيء فالحمل لان الجدة يسقطه وابو يوسف يجعلها من سبعة وعشرين
 ويقف أربعة اسهم وحكي عن شريك أنه كان يقول بقول علي في الجدة فيقف هنا نصيب الاناث فيكون
 عنده من تسعة وتقف منها أربعة ، ولولم يكن فيها زوج كان للام السدس والجدة ثلث الباقي وتقف عشرة من
 ثمانية عشر وعند أبي حنيفة للجدة الثلثان والام السدس ويقف^(١) السدس بينهما ، قول أبي يوسف يقف
 الثلث ويعطي كل واحد منهما ثلثا ويؤخذ منهما ضمين ، ومتى خلف ورثة وامأ تحت الزوج فيبغى للزوج
 الامساك عن وطئها ليعلم أحامل هي أم لا كذا روي عن علي وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي
 وقتادة في آخرين ، وان وطئها قبل استبرائها فانت بولد لاقل من ستة اشهر ورث لاننا نعلم أنها كانت
 حاملا به ، وان ولدته لا كثر من ذلك لم ترث الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا به يوم موت ولدها
 (فصل) ولا يرث الحل الا بشرطين (أحدهما) أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت ويعلم
 ذلك بأن تأتي به لاقل من ستة أشهر فان أنت به لا كثر من ذلك نظرنا فان كان لها زوج أو سيد
 بطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة أنه كان موجوداً حال الموت ، وإن كانت لاتوطأ اما لعدم الزوج
 أو السيد واما اغيبتهما أو اجتنابهما الوطء عجزاً أو قصداً أو غيره ورث مالم يجاوز أكثر مدة الحل

والبنت على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لأن الفلام يضرب بنصيب ابني ابن ، فان كان لكل
 واحد منهما بنت فللفلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه وعلى القول الآخر له
 ثلثاه ولها سدسها ، وإن كان المدعيان رجلاً ومة والمدعى جارية فانا وخلفا أبوهما تم مات أبو الأصغر
 فلها النصف والباقي لأبي العم لأنه أبوه ، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضاً وعلى القول
 الآخر لها الثلثان لانها بنت ابن وبنت ابن ابن ، وإن كان المدعى رجلاً وابنة فمات الابن فلها نصف ماله
 وإذا مات الأب فلها النصف أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان ، وقال أبو حنيفة إذا تداعى الأب
 وابنه قدم الأب ولم يكن الابن شيء وان مات الأب أولاً فله بين أبيه وبينهما على ثلاثة وتأخذ نصف
 مال الأصغر لكونها بنته والباقي لكونها اخته وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعى وقف نصيبه
 ودفع الى كل وارث اليقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يصطلحوا

(فصل) وإذا كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابناً والفائز مات الثاني وترك ابناً والفتن
 تم مات الثالث وترك ابناً وعشرين الفائز مات الفلام وترك أربعة آلاف وأماً حرة وقد ألحقته اتفاقية
 بهم فقد ترك خمسة عشر الف وخمسة فلامه سدسها والباقي بين اخوته الثلاثة اثلاثاً ، وإن كان موتهم
 قبل ثبوت نسبه دفع الى الام ثلث تركته وهو الف وخمسة لان أدنى الاحوال أن يكون ابن صاحب
 الالف فيرث منه خمسة فمات وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن
 صاحب الالف وابن صاحب الالفين ما وقف من مال أبيهما لانه إن لم يكن أخاهما فذلك لهما من
 مال أبيهما وان كان أخا أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بآثره منه ويرد على ابن الثالث تسعة

وذلك أربع سنين في أصح الروايتين ، وفي الأخرى سنتان (وإثنان) أن تضعه حيا فإن وضعته ميتا لم يرث في قولهم جميعا ، واختلف فيما يثبت به الميراث من الحياة واتفقوا على أنه إذا استهل صارخا ورث وورث ، وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال « إذا استهل المولود ورث » وروى ابن ماجه بإسناده عن جابر عن النبي ﷺ مثله ، واختلفوا فيه ما سوى الاستهلال فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل ولا يقوم غيره مقامه ، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو فقالت طائفة لا يرث حتى يستهل صارخا فالمشهور عن أحمد رضي الله عنه أنه لا يرث حتى يستهل ، وروى ذلك عن ابن عباس والحسن بن علي وأبي هريرة وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء وشریح والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وربيعة وبجيب بن سعيد وأبي سلمة بن عبد الرحمن ومالك وأبي عبيد وإسحاق لأن مفهوم قول النبي ﷺ « إذا استهل المولود ورث » أنه لا يرث بغير الاستهلال وفي لفظ ذكره ابن سراقه عن النبي ﷺ أنه قال في الصبي المنفوس « إذا وقع صارخا فاستهل ورث ونمت ديته وسمي وصلي عليه وإن وقع حيا ولم يستهل صارخا لم تتم ديته وفيه غرة عبد أو أمة على العاقلة » ولأن الاستهلال لا يكون إلا من حي والحركة تكون من غير حي فإن اللحم يخلج سيبا إذا خرج من مكان ضيق فتضامت

آلاف وثلاث الف ويبقى اثنا الف موقوفة بينه وبين الام لأنه يحتمل أن يكون أخا فيكون قدماء عن أربعة عشر ألفا لأمه ثلثها ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب الالف كلها ويدعي منها ابن صاحب الالفين الفين وثلثا فيكون ذلك موقوفا بينهما وبين الام وسدس الالف بين الام وابن صاحب الالف ، فإن ادعى اخوان ابنا ولهما أب فمات أحدهما وخلف بنتا ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعى وقف من مال الاول خمسة أنساع منها تسعان بين القلام والبنت وثلاثة أنساع بينه وبين الاب ويوقف من مال الثاني خمسة أسداس بينه وبين الاب ، فإن مات الاب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ما ورثه عن ابنته والباقي بين القلام وبنت الابن لأنه ابن ابنته فيقفن ويدفع الى كل واحد منهم من الموقوف اليقين فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وينظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فيعطيه أقلهما ، فللقلام في حال كل الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الاول وفي حال كل الموقوف من مال الاول وثلث الموقوف من مال الثاني فله أقلهما ، ولبنت الميت الاول في حال النصف من مال أبيها وفي حال السدس من مال عمها . ولبنت الاب في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشار من مال الاول فيدفع اليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه ، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى . فإن اختلفت أجناس التركة ولم يصير بعضها قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها ما بينا في الدرام ان تراضوا بذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد لمسا فيه من الصلاح لهم ويوقف الغنبل المشكوك فيه على الصلح

أجزاءه ثم خرج إلى مكان فسبح فانه يتحرك من غير حياته فيه ثم إن كانت فيه حياة فلانه لم كونها مستمرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح فان الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهي في حكم الميت ، واختلف في الاستهلال ما هو قبيل الصراخ خاصة وهذا قول من ذكرنا في هذه المسئلة . ورواه أبو طالب عن أحد قتال لا يرث الا من استهل صارخا ، وانما سمي الصراخ من الصبي الاستهلال تجوزاً والاصل فيه أن الناس اذا رأوا الملأل صاحوا عند رؤيته واجتمعوا وأراه بعضهم بعضا فسمى الصوت عند استهلال الملأل استهلالاً ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالاً لانه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به . وروى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال يرث السقط ويورث اذا استهل قبل له ما استهلاله ؟ قال اذا صاح أو عطس أو بكى . فعلى هذا كل صوت يوجد منه تعلم به حياته فهو استهلال وهذا قول الزهري والقاسم بن محمد لانه صوت علمت به حياته فأشبه الصراخ

ومن احمد رواية ثالثة اذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام المستهل لانه حي فثبت له أحكام الحياة كالمستهل وبهذا قال الثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وداود ، وإن خرج بعضه حياً فاستهل ثم انفصل بآية ميتا لم يرث وبهذا قال الشافعي رضي

(فصل) ولو ادعى اثنان غلاماً فألحقته القافة بهما، ثم مات أحدهما وترك الفأ وعماً وبناتاً مات الآخر وترك الفين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان للبنت من تركه أيها ثلثها وللغلام ثلثاها وتركه الثاني كلها له لانه ابنه فهو أحق من ابن الابن، ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي ألف فلامه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقيه لابن الابن لانه ابن أخيه ولا شيء للعم، وإن لم يثبت نسبه فلا يثبت الاول ثلث ألف ويوقف ثلثاها وجميع تركه الثاني، فإذا مات الغلام فلامه من تركته ألف وثلثاها لان أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي ألف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والم يصطلحان عليه لانه لما أما عن صاحبها أو الغلام ويرد الموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنه لانه له اما عن جده واما عن عمه وتعطى الام من تركه الغلام الفأ وتسمى ألف لانها أقل ما لها ويبقى ألف وسبعة أضعاف ألف تدعى منها الام أربعة أضعاف ألف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعى منها ابن الابن الفأ وثلثا تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعى البنت والم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفا بينهم حتى يصطلحوا، ولو كان المولود في يدي امرأتين وادعتهما معاً أرى القافة معها فان ألحقته بإحدهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات وإن ألحقته بهما أو قته عنهما لم يلحق بواحدة منهما وإن قامت لكل واحدة منهما بينة تمارضتا ولم نسمع بينهما وبه قال أبو يوسف والولوي وقال أبو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثاه ميراث أم واحدة كما يلحق برجلين

ولنا أن إحدى البنتين كاذبة يقينا فلم نسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردها لعدم العلم بينهما ولان هذا محال فلم يثبت بينة ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما، ولو أن امرأة مهاجرة ادعاه رجلان

الله عنه وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا خرج أكثره فاستهل ثم مات وورث لقوله عليه السلام «إذا استهل المولود ورث» ولنا أنه لم يخرج جميعه فأشبهه ما لمات قبل خروج أكثره

(فصل) وإن ولدت توأمين فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فإن كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكرًا وأنثى لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما، وإن كانا ذكرًا وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي: من أصحنا منا من قال يقرع بينهما فنأخرجه القرعة جعل المستهل كما لو طلق إحدى نسائه فلم أعلم بعينها ثم مات أخرجه بالقرعة. وقال الخبري ليس في هذا عن السلف نص وقال الفرضيون تعمل المسئلة على الحالين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه، ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال. (ومن مسائل ذلك) رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملًا منه فولدت توأمين ذكرًا وأنثى فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينه فقبل إن كان الابن المستهل فللام السدس والباقي له تراث أمه ثلثه والباقي لعمه فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر لأم الميت ثلاثة ولأم الولد خمسة ولعمه عشرة، وإن كانت البنت المستهلة فالمسئلة من ستة فتموت البنت عن ثلاثة لأمها سهم ولعمها سهمان والستة

كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم يلحقهما وإن صدقت أحدهما لحقه كما لو كان بالغًا قاعدية فصدق أحدهما ولو أن صبيًا مع امرأة فقال زوجها هو ابني من غيرك فقالت بل هو ابني منك لحقهما جميعًا وقد ذكرنا لحاق النسب في هذه المسائل والاختلاف فيه وإنما ذكرناه ههنا لأجل الميراث لانه مبني عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب الاقرار بمشارك في الميراث﴾

إذا أقر الورثة كلهم بوارث فصدقهم أو كان صغيراً أو مجنوناً ثبت نسبه وارثه سواء كان الورثة جماعة أو واحداً ذكرًا أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكام عن أبي حنيفة لان الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والايمان التي له وعليه كذلك في النسب وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر الى ابن زمعة واقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال رسول الله ﷺ «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر» ففضى به لعبد بن زمعة وقال «احتججني منه يأسودة» والمشهور عن أبي حنيفة أنه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة، والمشهور عن أبي يوسف أنه لا يثبت النسب الا باتين ذكرين كانا أو أنثيين عدلين أو غير عدلين.

ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلا يعتبر فيه العدد كقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين

تدخل في ثمانية عشر فن له شيء من الثمانية عشر مضروب في واحد ومن له شيء من الستة مضروب في ثلاثة فسدس الام لا يتغير ولعم من الستة أربعة في ثلاثة اثنا عشر وله من الثمانية عشر عشرة في واحد فهذا اليقين فيأخذه ولام الولد خمسة في سهم وسهم في ثلاثة فيأخذها ويقف سهمين بين الاخ وأم الولد حتى يصطلحا عليها ويحتمل أن يفتسها بينهما . امرأة حامل وعم ولدت المرأة ابنا وبنتا واستهل أحدهما ولم يعلم فالمستلтан من أربعة وعشرين اذا أعطيت كل واحد أقل من نصيبه بقيت ثلاثة موقوفة ، فان كان معهما بنت فكل واحدة من المستلتن من اثنين وسبعين والموقوف اثنا عشر . امرأة وعم وأم حامل من الاب ولدت ابنا وبنتا فاستهل أحدهما فان كان المستهل الاخ فهي من ستة وثلاثين ، وإن كانت الاخت المستهلة فهي من ثلاثة عشر فالمستلتن متباينتان فاضرب احدهما في الاخرى تكن أربع مائة وثمانية وستين وكل من له شيء من إحدى المستلتن مضروب في الاخرى فيدفع لكل واحد أقل النصيبين يبقى أربعة عشر منها تسعة بين المرأة والعم وخمسة بين الام والعم ، فان كانت المرأة والام حامين فوضعنا معاً فاستهل أحدهما فكل واحدة منها ترجع الى ستة

(فصل) في شروط الاقرار بالنسب لا يخلو اما أن يقر على نفسه خاصة أو عليه ، على غيره فان أقر على نفسه مثل أن يقر بولد اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقربه مجهول النسب فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره ، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه (والثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقربه يحتمل أن يولد مثله (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثبت وجري مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ، ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لو طاد فجدد النسب لم يقبل منه ، وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه . فاما إن كان اقراراً عليه وعلى غيره كإقراره بأخ اعتبر مع الشروط الاربعة شرط خامس وهو كون المقر جسيم الورثة ، فان كان المقر زوجاً أو زوجة ولا وارث معهما لم يثبت النسب باقرارهما لان المقر لا يرث المال كله فان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وان كان الوارث أما أو بنتاً أو أختاً أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله نسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال ، ولهم فيما إذا وافق الامام في الاقرار وجهان وهذا من فروع الرد وقد ذكرناه ، فان كانت بنت وأخت أو أخت وزوج ثبت النسب بقولهما لانها يأخذان المال كله وإذا أقر بابن ابنه وابنه ميت اعتبر في الشروط التي (المفني والشرح الكبير) (٢٦) (الجزء السابع)

وثلاثين فيعطى كل وارث أقل النصيبين ويبقى أحد عشر منها أربعة موقوفة بين الزوجة والام وسبعة بين الام والعم

(فصل) واذا ولدت الحامل توأمين فسمع الاستهلال من أحدهما ثم سمع مرة أخرى فلم يدر أهو من الاول أو من الثاني فيحتمل أن يثبت الميراث لمن علم استهلاله دون من شككنا فيه لان الاصل عدم استهلاله. فعلى هذا الاحتمال إن علم المستهل بعينه فهو الوارث وحده وإن جهل بعينه كان كما لو استهل واحد منهما لابعينه. وقال الفرضيون يعمل على الاحوال فيعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي (ومن مسائل ذلك) أم حامل وأخت لاب وعم ولدت الام بنتين فاستهلت احدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر هل استهلت الاخرى أو تكرر من واحدة فقبل ان كان منها جميعا فقد ماتتا عن اربعة من ستة ولا يعلم أولهما موتاً فخكها حكم القرقي فن ذهب إلى انه لا تورث إحداهما من الاخرى قال قد خلفا أما واختا ومما فتصح من ثمانية عشر وإن كان الاستهلال من واحدة فقد ماتت عن ثلاثة من ستة فتصح من اثني عشر وبينهما موافقة بالمدس فتصير ستة وثلاثين للام اثنا عشر وللأخت كذلك ولعم تسعة وتقف ثلاثاً تدعي الام منها سهمين والعم سهما وتدعيها الأخت كلها فيكون سهران بينهما وبين الام وسهم بينهما وبين العم. زوج وجد وأم حامل ولدت ابناً وبنتاً فاستهل

تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك إن أقر بهم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين موروثه أو قاتلاً فلا عبرة به ويثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يحوز جميع الميراث ثم إن كان المقر به يرث شارك المقر في الميراث وان لم يكن وارثاً لوجود مانع فيه ثبت نسبه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً (مسئلة) (وسواء كان المقر به يحجب المقر أو لا يحجبه كاخ يقر بابن للميت أو ابن ابن يقر بابن للميت أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين فانه يثبت نسبه بذلك ويرث ويسقط المقر)

هذا اختيار ابن حامد والقاضي وابن شريح وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لان توريثه يفضي إلى اسقاط توريثه فسقط لانه لو ورث لخرج المقر عن كونه وارثاً فيسقط اقراره ويسقط نسب المقر به وتوريثه فيؤدي توريثه إلى اسقاط توريثه فأثبتنا النسب دون الميراث ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه مانع من الارث فيدخل في عموم قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أو فيرث كما لو ثبت نسبه بيينة ولان ثبوت النسب سبب للميراث فلا يحوز قطع حكمه عنه ولا تورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع، وما احتجوا به لا يصح لانا إنما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه عن الميراث بالاقرار لا يمنع صحته بدليل أن الابن إذا أقر بأخ فانه يرث مع كونه يخرج باقراره عن أن يكون جميع الورثة. فان قيل إنما يقبل اقراره اذا صدقه المقر به نصار اقراراً من جميع الورثة وإن كان المقر به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله ههنا

أحدهما ثم سمع الاستهلال مرة أخرى فلم يدر عن هو فان كان الاستهلال تكرر من البنت فهي الأكدرية وماتت عن أربعة بين أمها وجدها فتصح من أحد وتأمين، وإن تكرر من الأخ لم يرث شيئا والمسئلة من ستة لأجد منها سهم وإن كان منهما فللام السدس وللزوج النصف ولأجد السدس ولهما السدس على ثلاثة فتصح من ثمانية عشر والثلاثة التي لها بين الجد والام على ثلاثة فصار للام أربعة ولأجد خمسة وثمانية عشر توافق أحدا وتأمين بلا تساع فتصير مائة واثنين وستين للزوج حقه من الأكدرية أربعة وخمسون والام تسع المائ من مسئلة استهلاما معا ستة وثلاثون ولأجد السدس من مسئلة استهلال الأخ وحده سبعة وعشرون يبقى خمسة وأربعون يدعى الزوج منها سبعة وعشرين والام ثمانية عشر ويدعى منها الجدة سبعة وثلاثين وتعمل الثمانية الفاضلة الام فيحتمل أن تدفع اليها لان الزوج والجدة يقران لها بها

(فحل) وإذا ضرب بغان حامل فاستدات فلي الضارب غرزة مورثة عن الجنين كأنه سقط حيا وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعي وسائر الفقهاء الا شيئا يحكى عن ريعة والميت وهو شذوذ لا يرجع عليه، فان قيل فكيف تورثون منه وهو لا يرث؟ قلنا تورث منه لان الواجب يدل عنه فورثته ورثته

فانه ان كان المقر به كبيرا فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وان كان صغيرا غير معتبر القول لم يثبت النسب بقول الآخر كما لو كان اثنين أحدهما صغير فأقر البالغ ماخ آخر لم يقبل ولم يقولوا به ولا يعتبر موافقته كذا ههنا، ولانه لو كان في يد انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت المقر له، وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(مسئلة) (وان أقر بعضهم لم يثبت نسبه إلا أن يشهد منهم عدلان أنه ولد على فراشه أو أن الميت أقر به)

وجملته أنه إذا أقر أحد الوارثين بوارث شارك لهم في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن اثباته في حق المقر دون المنكر ولا اثباته في حقها لان أحدهما منكر فلا يقبل إقرار غير عليه ولم توجد شهادة يثبت بها النسب، ولو كان المقر عدلان لانه إقرار من بعض الورثة، وقال أبو حنيفة يثبت إذا كانا عداين لانهما بينة فهو كالشهاد به

ولنا أنه إقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد، وفارق الشهادة لانه يعتبر فيها العدالة والأكدرية والاقرار بخلافه . فلما ان شهد به عدلان أو شهدا أنه ولد على فراشه أو أن الميت أقر به ثبت النسب وشاركهم في الارث لانهما لو شهدا على غير مورثهما قبل فكذلك إذا شهدا عليه

(مسئلة) (وعلى المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده عن ميراثه)

إذا أقر بعض الورثة ولم يثبت نسبه لزم المقر أن يدفع اليه فضل ما في يده كن خاف ولدين فأقر أحدهما بأخ فله ثلث ما في يده وان أقر بأخت دفع اليها خمس ما في يده عن ميراثه ههنا قول مالك

كدية غير الجنين، وأما توريثه فمن شروطه كونه حيا حين موت موروثه ولا يتحقق ذلك فلا نورثه مع الشك في حياته .

(فصل) ودية المقتول موروثه عنه كسائر أمواله إلا أنه اختلف فيه عن علي فروي عنه مثل قول الجماعة وعنه لا يرثها إلا عصبائه الذين يعقلون عنه وكان عمر يذهب الى هذا ثم رجع عنه لما بلغه عن النبي ﷺ توريث المرأة من دية زوجها قال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الزهري سمع سعيد بن المسيب يقول كتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول الدية للعاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها شيئا فقال له الضحاك الكلابي كتب الى رسول الله ﷺ : أن اورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ، وروى الامام احمد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي ﷺ قضى ان العقل ميراث بين ورثة القتل على فرائضهم، وباسناده عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال «للمرأة ترث من مال زوجها وعقله وبرث هو من مالها وعقلها ما لم يقتل واحد منهما صاحبه» إلا أن في اسناده رجلا مجهولا وقال ابراهيم قال رسول الله ﷺ «الدية على الميراث والعقل على العصبه» وقال أبو ثور هي على الميراث ولا تقضى منها ديونه ولا تنفذ منها وصاياه

والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وشريك وبجى بن آدم ووكيم واسحاق وأبي عبيد وأبي ثور وأهل البصرة ، وقال النخعي وحاد وأبو حنيفة وأصحابه يقاسمه ما في يده لانه يقول أنا وأنت سواء في ميراث أيينا وكان ما أخذ من المنكر تاف أو غصب فيستوي فيهما بقي وقال الشافعي وداود لا يلزمه في الظاهر دتم شيء - اليه ، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين أصحابنا لا يلزمه لانه لا يرث من لا يثبت نسبه واذا قلنا يلزمه ففي قدره وجهان

ولنا على الثاني أنه أقر بحق المدعيه يمكن صدقه فيه ويد المقر عليه وهو متمكن من دفعه اليه فلزمه ذلك كالأقر له بيمين ولانه اذا علم أن هذا أخوه وله ثلث التركة وتيقن استحقاقه لها وفي يده بعضه وصاحبه يطلبه لزومه دفعه اليه وحرم عليه منعه منه كما في سائر المواضع، وعدم ثبوت نسبه في الظاهر لا يمنع وجوب دفعه اليه كما لو غصبه شيئا ولم يقم بينة بغصبه

ولنا على أبي حنيفة أنه أقر له بالناضل عن ميراثه فلم يلزمه أكثر مما أقر به كما لو أقر له بشيء معين ولانه حق تعلق بحل مشترك باقرار أحد الشريكين فلم يلزمه أكثر من قطعه كما لو أقر أحد الشريكين بمجنابة على العبد ولان التركة بينهم اثلاثا فلا يستحق مما في يده الا الثلث كما لو ثبت نسبه بينة، ولانه اقرار يتعلق بحصته وحصه أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالاقرار بالوصية وكاقرار أحد الشريكين على مال الشراكة بدين ولانه لو شهد معه أجنبي بالنسب ثبت ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجرى بها نفعا الى نفسه لكونه يسقط بعض ما يستحق عليه. فعلى هذا إذا خلف اثنين فأقر أحدهما بأخ فلهما قر له ثلث ما في يد المقر وهو سدس المال لانه يقول نحن ثلاثة اكل واحد منا

وعن أحمد نحو من هذا وقد ذكر الحرقى فيمن أوصى بثلاث ماله لرجل قتل وأخذت دية فلموصى له بثلاث ثلث الدية في إحدى الروايتين والآخرى ليس لمن أوصى له بثلاث من الدية شيء، ومبنى هذا على أن الدية ملك الميت أو على ملك الورثة ابتداء وفيه روايتان : أحدهما أنها تحدث على ملك الميت لأنها بدل نفسه فيكون بدلها كدية أطرافه المملوغة، منه في الحياة ولا يؤولها لقطاعه عن القاتل بعد جرحه إياه كان صحيحا وليس له إسقاط حق الورثة ولا نهال مال موروث فأشبهت سائر أمواله والآخرى أنها تحدث على ملك الورثة ابتداء لأنها إنما تستحق بعد الموت وبالموت نزول أملاك الميت الثابتة له ويخرج عن أن يكون أهلا للملك وإنما يثبت الملك لورثته ابتداء، ولا أعلم خلافا في أن الميت يجهز منها إن كان قبل تجهيزه لأنه لو لم يكن له شيء لوجب تجهيزه على من عليه نفقته لو كان فقيرا فأولى أن يجب ذلك في دية

(فصل) في ميراث المفقود وهو نوعان [أحدهما] الغالب من حاله الملاك وهو من يفقد في مهلكة كالذي يفقد بين الصفين وقد هلك جماعة أو في مركب انكسر ففرق بعض أهله أو في مفازة يهلك فيها الناس أو يفقد من بين أهله أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قرية فلا يرجع ولا يعلم خبره فهذا ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت امرأته عدة

الثالث وفي يدي النصف ففضل في يدي ثلث السدس فيدفعه إليه وهو ثلث ما في يده وفي قول أبي حنيفة يدفع إليه نصف ما في يده وهو الربع، وإن أقر بأخت دفع إليها خمس ما في يده لأنه يقول نحن اخوان وأخت فلنا الخمس من جميع المال وهو خمس ما في يدي وخمس ما في يد أخي فيدفع إليها خمس ما في يده وفي قولهم يدفع إليها ثلث ما في يده، وقارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة وهما يستحق الثلث فافترقا

(فصل) إذا خلف ابنا واحداً فافر بأخ من أبيه دفع إليه نصف ما في يده في قول الجميع فإن أقر بعده بآخر فاتفقا عليه دفعا إليه ثلث ما في أيدهما في قولهم جميعا، فإن أنكر المقر به ثانيا المقر به أولا لم يثبت نسبه قال القاضي هذا مثل لقادة أدخلني أخرجك، وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما لأنه لم يقر بأكثر منه . وقال الشافعي يلزم المقر أن يقرم له نصف التركة لأنه أنلفه عليه بأقراره الاول . قال شيخنا ويحتمل أن لا يبطل نسب الاول لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الاقرار وإن لم يصدق المقر به الاول بالثاني لم يثبت نسبه ويدفع إليه المقر ثلث ما بقي في يده لأنه الفضل الذي في يده، ويحتمل أن يلزمه ثلث جميع المال لأنه قوته عليه بدفع النصف إلى الاول وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث، وسواء دفعه إليه بحكم حاكم أو بغير حكمه لأن اقراره علة حكم الحاكم وسواء علم بالحال عند اقراره بالاول أو لم يعلم لأن العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف، وحكي نحوه هذا من شريك ويحتمل أنه إن علم بالثاني حين أقر بالاول وعلم أنه إذا أقر به بعد الاول لا يقبل ضمن لأنه قوت حق غيره بتفرطه وإن لم يعلم لم يضمن لأنه لا يجب عليه الاقرار بالاول إذا علمه ولا يوجهه إلى

الوفاة وحلت للأزواج نص عليه الامام أحمد وهذا اختيار أبي بكر ، وذكر القاضي انه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الاربع سنين لانه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه والاول أصح لان العدة انما تكون بعد الوفاة فاذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله ، وان مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته وقف للمفقود نصيبه من ميراثه وما يشك في مستحقه وقسم باقيه ، فان بان حيا أخذه ورد الفضل إلى أهله ، وان علم انه مات بعد موت موروثه دنع نصيبه مع ماله إلى ورثته ، وان علم انه كان ميتا حين مرت موروثه رد الموقوف الى ورثة الاول ، وان مضت المدة ولم يعلم خبره رد أيضا الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين موت موروثه فلا نورثه مع الشك كالجنين الذي سقط ميتا ، وكذلك إن علمنا انه مات ولم يدرك متى مات . ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور فقدان فيما علمنا إلا أن مالكا والشافعي رضي الله عنهما في القديم وافقا في الزوجة انما تزوج خاصة والأظهر من مذهبه مثل قول الباتين ، فأما ماله فانفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش فيها ، على ما سذكروه في الصورة الاخرى ان شاء الله تعالى ، لانه لمفقود لا يتحقق موته فأشبهه التاجر والسائح ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على تزويج امرأته على ما ذكرناه في العدد ، واذا ثبت ذلك في

حاكم ومن فعل الواجب فقد أحسن وليس بخائن فلا يضمن وقيل هذا قياس قول الشافعي ، وقال ابو حنيفة إن كان الدفع بحكم حاكم دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده لان حكم الحاكم كالأخذ منه كرها وان دفعه بغير حاكم دفع الى الثاني ثلث جميع المال لانه دفع الى الاول ما ليس له تبرعا

ولنا على الاول أنه أقر بما يجب عليه الاقرار به فلم يضمن ما تلف به كالمقطع الامام يد السارق فسرى الى نفسه وان أقر بمدها بثالث فصدق بثالث نسبة وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم اذا كان مع كل واحد ثلث المال وإن كذبا لم يثبت نسبة وأخذ ربع ما في يد المقر به وفي ضمانه ما زاد التفصيل في التي قبلها وعلى مثل قولنا قال ابن أبي ليلى وأهل المدينة وبعض أهل البصرة .

(مسئلة) (فان لم يكن في يد المقر فضل فلا شيء للمقر به)

لانه لم يقر له بشيء فاذا خلف أخا من أب وأخا من أم فأقرا بأخ من أبوين ثبتت نسبة لان كل الورثة أقروا به وأخذ جميع ما في يد الاخ من الاب لانه يسقط في الميراث ، وان أقر به الاخ من الاب وحده أخذ ما في يده لما ذكرنا ولم يثبت نسبة لان الذي أقر به لا يرث المال كله ، وان أقر به الاخ من الام وحده فلا شيء له لانه ليس في يده فضل يقر له به وكذا ان أقر بأخ آخر من امه لذلك فأما ان أقر بأخوين من أم فانه يدفع اليهما ثلث ما في يده لان في يده السدس فباقراره اعترف أنه لا يستحق من الميراث الا التسع فيبقى في يده نصف التمس وهو ثلث ما في يده ، وقال ابو حنيفة في ثلاثة أخوة مفترقين اذا أقر الاخ من الام بأخ من أم فله نصف ما في يده وان أقر بأخ من أبوين فله مقر به خمسة أصابع ما في يده وعلى قولنا لا يأخذ منه شيئا لانه لا فضل في يده

النكاح مع الاحتياط للأبضاع في المال أولى . ولأن الظاهر هلاكه فأشبهه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها [النوع الثاني] من ليس الغالب هلاكه كالمسافر لتجارة أو طالب علم أو سياحة ونحو ذلك ولم يعلم خبره ففيه روايتان (إحداهما) لا يقسم ماله ولا تزوج امرأته حتى يتيقن موته أو يمضي عليه مدة لا يعيش في مثلها وذلك مردود الى اجتهد الحاكم ، وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ومحمد بن الحسن وهو المشهور عن مالك وأبي حنيفة وأبي يوسف لأن الأصل حياته والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف ولا توقيف هنا فوجب التوقف عنه

(والرواية الثانية) أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم قد وهذا قول عبد الملك بن الماجشون لأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا ، وقال عبد الله بن عبد الحكم ينتظر به الى تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد وله يخرج بقول النبي ﷺ « أعمار امتي مائة وسبعين والسبعين » أو كما قال ، ولأن الغالب أنه لا يعيش أكثر من هذا فأشبهه الذهبي

وقال الحسن بن زياد ينتظر به تمام مائة وعشرين سنة . قل ولو فقد وهو ابن ستين سنة وله مال لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى فيكون له مع سنة يوم فقد مائة وعشرون سنة فيقسم

(مسئلة) (وطريق العمل فيها أن تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار وتندفع الى انقرسهم من مسئلة الاقرار مضروبا في مسئلة الانكار)

وللمنكر سهم من مسئلة الانكار مضروب في مسئلة الاقرار وما فضل فهو للمقر به ، فلو خاف ابنين فأقر أحدهما بأخوين فصدقه أخوه في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ثم تضرب مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار تكن اثني عشر للمنكر سهم من الانكار في الاقرار أربعة وللمقر سهم من الاقرار في الانكار ثلاثة والمتفق عليه ان صدق المقر مثل سهمه وان أنكر مثل سهم المنكر وما فضل للمخلاف فيه وهو سهام في حال التصديق وسهم في حال الانكار ، وقال أبو الخطاب لا يأخذ المتفق عايه من المنكر في حال التصديق الأربع ما في يده . صححها من ثمانية للمنكر ثلاثة وللمخلاف فيه سهم وللكل واحد من الاخوين سهمان . اذا خاف ابنين فأقر الأكبر بأخوين فصدقه الأصغر في أحدهما ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة ، فمسئلة الانكار إذا من ثلاثة ومسئلة الاقرار من أربعة فتضرب أحدهما في الأخرى تكن اثني عشر للأصغر سهم من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار أربعة وللأكبر سهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار ثلاثة والمتفق عليه ان أقر بصاحبه مثل سهم الآخر ، وإن أنكر مثل سهم الأصغر ، وذكر أبو الخطاب أن للمتفق عليه إن صدق بصاحبه لم يأخذ من المنكر الأربع ما في يده لانه لا يدعي أكثر منه ويأخذ هو والمخلاف به من الآخر أكبر نصف ما في يده فتصح من ثمانية للمنكر ثلاثة آمان والمقر سهمان والمتفق عليه سهمان وللآخر سهم . وذكر ابن اللبان أن هذا قياس قول مالك والشافعي ، وفي هذا نظر لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث وقد حضر

ماله حيثئذ بين ورثته ان كانوا أحياء ، وان مات بعض ورثته قبل مضي مائة وعشرين وخلف ورثته لم يكن لهم شيء من مال المفقود وكان ماله للأحياء من ورثته ويوقف للمفقود حصته من مال موروثه الذي مات في مدة الانتظار ، فان مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف الى ورثة موروث المفقود ولم يكن لورثة المفقود ، قال الأولوي : وهذا قول أبي يوسف ، وحكي الخبري عن الأولوي انه قال : ان الموقوف للمفقود ، وان لم يعلم خبره يكون لورثته . قال وهو الصحيح عندي ، والذي ذكرناه هو الذي حكاه ابن البان عن الأولوي فقال لو ماتت امرأة المفقود قبل تمام مائة وعشرين سنة يوم أو بعد فقلده يوم ومات مائة وعشرون سنة لم تورث منه شيئا ولم نورثه منها لاننا لا نعلم أيهما مات أولا وهذا قياس قول من قال في الفرقى انه لا يورث اقدم من صاحبه ويرث كل واحد الاحياء من ورثته ، قال القاضي هذا قياس قول احمد وانفق الفقهاء على أنه لا يرث المفقود الا الاحياء من ورثته بم قسم ماله لامن مات قبل ذلك ولو يوم ، واختلفوا فيمن مات وفي ورثته مفقود فذهب احمد واكثر الفقهاء على أنه يعطى كل وارث من ورثته اليقين ويوقف الباقي حتى يتبين أمره أو تمضي مدة الانتظار فتعمل المسئلة على أنه حي ثم على أنه ميت ونفرب إحداهما في الاخرى إن تباينتا أو

من يدعي الزيادة فوجب دفعها اليه ونظير هذا ما لو ادعى انسان داراً في يد رجل فأقر بها لغيره فقال المقر له إنما هي لهذا المدعي قلها تدفع اليه

وقد رد الخبري على ابن البان هذا القول وقال على هذا يبقى مع المذكر ثلاثة أثمان وهو لا يدعي إلا الثلث وقد حضر من يدعي هذه الزيادة ولا منازع له فيها فيجب دفعها اليه ، قال والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه الى النصف الذي هو بيد المقر بهما فيقتسمانه أثلاثاً فتصح من تسعة ، للمذكر ثلاثة ، ولكل واحد من الأخوين سهمان ، وهذا قول أبي يوسف إذا تصادقا .

قال شيخنا ولا يستقيم هذا على قول من لا يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه لان المقر بهما والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسمان وقيل يدفع الاكبر اليهما نصف ما في يده ويأخذ المتفق عليه من الاصغر ثلث ما في يده فيحصل للاصغر الثلث وللأكبر الربع ، والمتفق عليه السدس والثلث ، والمختلف فيه الثلث ، وتصح من أربعة وعشرين : للاصغر ثمانية ، والمتفق عليه سبعة ، وللأكبر ستة ، والمختلف فيه ثلاثة وفيها أقوال كثيرة سوى هذه والاول أصح إن شاء الله تعالى .

(مسئلة) (وإن خلف ابنا فأقر بأخوين بكلام متصل فتصادقا ثبت نسبهما فان نجاحدا فكذلك في أقوى الوجهين لان نسبهما ثبت باقرار من هو كل الورثة قبلهما وفي الآخر لا يثبت لان الانفراد بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده ، فان صدق

في وقتها ان انفتقا وتجزى، بإحدهما ان غائلتا أو باكثرهما ان تناسبتا وتعطى كل واحد أقل النصيبين ومن لا يرث الا من أحدهما لا تعطيه شيئاً وتقف الباقي ولهم ان يصطلحوا على ما زاد على نصيب المفقود واختاره ابن الابان لانه لا يخرج عنهم وأنكر ذلك الوفي وقال لا فائدة في أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة وهي متفية ثم يقال له لك أن تصالح على بعضه بل ان جاز ذلك فالاولى أن تقسم المدة على تقدير الحياة وتقف نصيب المفقود لاغير، والاول أصح ان شاء الله فان الزائد عن نصيب المفقود من الموقوف مشكوك في مستحقته ويقين الحياة معارض بظهور الموت فينبغي ان يوقف كالأزائد عن اليقين في مسائل الحل والاستهلاك، ويجوز للورثة الموجودين الصلح عليه لانه حقهم لا يخرج عنهم وإباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه كما تقدم في نظائره ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه لذلك ولان تجوز أخذ الانسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير اذنه، وظاهر قول الوفي هذا أن تقسم المسئلة على أنه حي ويقف نصيبه لاغير، وقال بعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه يقسم المال على الموجودين لانهم متحققون والمفقود مشكوك فيه فلا يورث مع الشك، وقال محمد بن الحسن القول قول من المال في يده فلو مات رجل وخلف ابنتيه

صدق أحدهما بصاحبه وجعده الآخر ثبت لنسب المتفق عليه وفي الآخر وجهان ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده، وإن كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما سواء بجاحداً معاً أو جعده أحدهما صاحبه لا بما لم كذبها فأنهما لا يفترقان، ومتى أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب الآخر وإن أقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي ثبت به نسب الكبيرين المتجاحدين، وهل يثبت على الوجه الآخر؟ فيه احتمالان (أحدهما) يثبت لأنه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يجعده أحد فهو كالنفرد (والثاني) لا يثبت لأن أحدهما وارث ولم يقر بالآخر فلم يتفق كل الورثة على الاقرار به فلم تعتبر موافقة الآخر كما لو كانا صغيرين.

﴿مسئلة﴾ (فان أقر بأحدهما بعد الآخر أعطى الاول نصف ما في يده) بغير خلاف وثبت نسبه لانه أقر به كل الورثة ويقف ثبوت نسب الباقي على تصديقه لأنه صار من الورثة، وبطل الثاني ثلث ما بقي في يده لانه الفضل فانه يقول نحن ثلاثة

﴿مسئلة﴾ (وإن أقر بعض الورثة بامرأة للبيت لزمه من ارثها بقدر حصته) يعني يلزمه ما يفضل في يده لما عن حقه كما ذكرنا في الاقرار.

﴿مسائل﴾ من هذا الباب إذا خلف ثلاثة بنين فأقر أحدهم بأخ وأخت فصدقه احد أخويه في الاخ والآخر في الاخ لا يثبت نسبهما ويدفع المقر بالأخ اليه ربيع ما في يده ويدفع المقر بهما (المفني والشرح الكبير) (٢٧) (الجزء السابع)

وابن ابن ابوه مفقود والمال في يد الابنتين فاخصموا الى القاضي فانه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه ولا يقف منه شيئاً سواء اعترفت الابنتان بفقده أو ادعيا موته وإن كان المال في يد ابن المفقود لم يعط الابنتان الا النصف أقل ما يكون لهما وإن كان المال في يد أجنبي فأقر بان الابن مفقود وقف له النصف في يده وإن قال الأجنبي قد مات المفقود لزمه دفع الثلثين الى البنتين وبوقف الثلث الا أن يقر ابن الابن بموت أبيه فيدفع اليه الباقي والجمهور على القول الاول

(ومن مسائل ذلك) زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود مسألة الموت من سبعة وعشرين لانها مسألة الاكدرية ومسألة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالأشباع فتضرب تسعاً إحداها في الأخرى تكن أربعة وخمسين، ولزوج النصف من مسألة الحياة والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث، وللأم التسعان من مسألة الموت والسادس من مسألة الحياة فتعطى السادس، وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت وتسعة من مسألة الحياة فيأخذ التسعة، وللأخت ثمانية من مسألة الموت وثلاثة من مسألة الحياة فتأخذ ثلاثة ويبقى خمسة عشر موقوفة إن بان أن الأخ حي أخذ ستة وأخذ الزوج تسعة وإن بان ميتاً أو مضت المدة قبل قدومه أخذت الأم ثلاثة والأخت خمسة والجد سبعة، واختار الخبري أن المدة

ليها ثلث ما في يده ويدفع المقر بالأخت إليها سبع ما في يده، فأصل المسئلة ثلاثة أسهم، سهم المقر يقسم بينهما وينه على تسعة، له ستة ولها ثلاثة، وسهم المقر بالأخ ينهما على أربعة له ثلاثة ولأخيه سهم، وسهم المقر بالأخت ينه وبينها على سبعة، له ستة ولها سهم وكلها متباينة فاضرب أربعة في سبعة في تسعة ثم في أصل المسئلة تكن سبعمائة وستة وخمسون، للمقر بهما ستة في أربعة في سبعة مائة وثمانية وستون، وللمقر بالأخت ستة في أربعة في تسعة مائتان وستة عشر، وللمقر بالأخ ثلاثة في سبعة في تسعة مائة تسعة وعمانون، وللأخ المقر به سهران في أربعة في سبعة ستة وخمسون وسهم في سبعة في تسعة ثلاثة وستون فيجتمع له مائة وتسعة عشر، وللأخت سهم في أربعة في سبعة ثمانية وعشرون، وسهم في أربعة في تسعة ستة وثلاثون، يجمع لها أربعة وستون، ولا فرق بين تصادقهما وتجاوذاً لانه لا فضل في يد أحدهما عن ميراثه، ولو كان في هذه المسئلة ابن رابع لم يصدق في واحد منهما كان أصل المسئلة من أربعة أسهم : سهم على أحد عشر وسهم على تسعة وسهم على خمسة وسهم يفرد به الجاحد فتصح المسئلة من ألف وتسعمائة وثمانين سهماً وطريق العمل فيها كالتي قبلها .

(فصل) إذا خلف بنتاً وأختاً فأقرنا بصغيرة فقالت البنت هي أخت وقالت الأخت هي بنت فلها

ثلث ما في يد الأخت لا غير .

وهذا قول ابن أبي ليلى ولحمد بن الحسن واللؤلؤي ويحيى بن آدم تخييط كثير يطول ذكره وإن خلف امرأة وبنتاً وأختاً فأقرن بصغيرة فقالت المرأة هي امرأة وقالت البنت هي بنت وقالت الأخت هي أخت فقال الخبري تعطى ثلث المال لانه أكثر ما يمكن أن يكون لها ويؤخذ من المقرات

إذا مضت ولم يتبين أمره أن يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته فإنه كان محكوماً بمجباته لأنها البقية وإنما حكمنا بموته بمضي المدة

ولنا أنه مال موقوف لمن ينتظر من لا يعلم حاله فإذا لم يتبين حياته لم يكن لورثته كالموقوف للحمل، ولورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة، زوج وأبوان وابنتان مفقودتان مسئلة حياتهما من خمسة عشر وفي حياة أحدهما من ثلاثة عشر وفي موتهما من ستة فتضرب ثلث السنة في خمسة عشر ثم في ثلاثة عشر تكن ثلاثمائة وتسعين ثم تعطى الزوج والابوين حقوقهم من مسئلة الحياة مضروبا في اثنين ثم في ثلاثة عشر وتقف الباقي، وإن كان في المسئلة ثلاثة مفقودون عملت لهم أربع مسائل، وإن كانوا أربعة عملت لهم خمس مسائل وعلى هذا، وإن كان المفقود بمحجب ولا يرت كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود وقفت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الابوين وقيل لا يوقف ههنا شيء وتعطى الأخت من الأب السبع لأنها لا محجب بالشك كما لا تراث بالشك والاول أصح لأن دفع السبع إليها توريث بالشك وليس في الوقف حجب يقبنا إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها ويعارض قول هذا القائل قول من قال إن اليقين حياته فيعمل على أنه حي ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الابوين والتوسط بما ذكرناه أولى والله أعلم

على حسب اقرارهم وقد أقرت لها البنت بأربعة أسهم من أربعة وعشرين وأقرت لها الأخت بأربعة ونصف، وأقرت لها المرأة بسهم ونصف وذلك عشرة أسهم لها منها ثمانية وهي أربعة أخماسها فخذ لها من كل واحدة أربعة أخماس ما أقرت لها به واضرب المسئلة في خمسة تكن مائة وعشرين ومنها تصح، فإذا بلغت الصغيرة فصدقت أحداً من أخذت منها تمام ما أقرت لها به وردت على الباقيتين ما أخذته مما لا تستحقه، وهذا قول أبي حنيفة. وقال ابن ليلي يؤخذ لها من كل واحدة ما أقرت لها به فإذا بلغت فصدقت أحداً من أمكست ما أخذ لها منها وردت على الباقيتين الفضل الذي لا تستحقه عليها، وهذا القول أصوب إن شاء الله لأن فيه احتياطاً على حقها.

ثلاثة أخوة لأب ادعت امرأة أنها أخت الميت لأبيه وأمه فصدقها الأكبر وقال الأوسط هي أخت لام وقال الأصغر هي أخت لأب فإن الأكبر يدفع اليهما نصف ما في يده ويدفع إليها الأوسط سدس ما في يده ويدفع إليها الأصغر سبع ما في يده وتصح من مائة وستة وعشرين لأن أصل مسئلتهم ثلاثة، فمسئلة الأكبر من اثنين ومسئلة الثاني من ستة والثالث من سبعة والاثنان تدخل في الستة فتضرب ستة في سبعة تكن اثنين وأربعين فهذا ما في يد كل واحد منهم فتأخذ من الأكبر نصفه أحداً وعشرين ومن الأوسط سدسه سبعة ومن الأصغر سبعة ستة صار لها أربعة وثلاثون وهذا قياس قول ابن أبي ليلي، وفي قول أبي حنيفة تأخذ سبع ما في يد الأصغر فيضم إلى نصف ما بيد أحدهما وتضيفه إلى ما بيد الآخر وتقاسم الأوسط على ثلاثة عشر له عشرة ولها ثلاثة فتضم الثلاثة إلى ما بيد

(فصل) والامير كالمفقود اذا انقطع خبره وإن علمت حياته ورث في قول الجمهور، وحكي عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث لأنه عبيد، وحكي ذلك عن النخعي وقتادة والصحيح الاول والكفار لا يكون الا حرار والله أعلم

(فصل) في التزويج في المرض والصحة، حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور، وبه قال أبو حنيفة والشافعي رضي الله عنه وقال مالك أي الزوجين كان مريضاً مرضاً مخوفاً حال عقد النكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية، وعن الزهري ويحيى بن سعيد مثله واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث كالأمة والأمية فقال بعضهم يصح لأن لا يتم بقصد توريثها ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة، وقال ربيعة وابن أبي ليلى الصداق والميراث من الثلث، وقال الاوزاعي النكاح صحيح ولا ميراث بينهما وعن القاسم بن محمد والحسن إن قصد الاضرار بورثته فالنكاح باطل وإلا فهو صحيح

ولنا انه عقد معاوضة يصح في الصحة فيصح في المرض كالبيع ولانه نكاح صدر من أهله في محله

الأ كبر وتقاسمه على ما بيده على أربعة لها ثلاثة وله سهم فأجعل ما في يد الأصفر أربعة عشر ليكون لسبعة نصف صحيح واضربها في ثلاثة عشر تكن مائة واثنتين وثمانين فهذا ما بيد كل واحد منهم تأخذ من الأصفر سبعة وهو ستة وعشرون تضاف الى ما بيد كل واحد من اخوته ثلاثة عشر فيصير معه مائة وخمسة وتسعون وتأخذ من الاوسط منها ثلاثة من ثلاثة عشر وهي خمسة تضاف الى ما بيده الا كبر يصير معه مائتان وأربعون فتأخذ ثلاثة أرباعها وهي مائة وثمانون ويبقى له ستون ويبقى للاوسط مائة وخمسون وللأصفر مائة وستة وخمسون وترجم بالاختصار إلى سدسها وهو أحد وتسعون

(فصل) إذا خلف ابناً فأقر بأخ ثم جحدته لم يقبل جحدته ولزمه أن يدفع إليه نصف ما بيده، فان أقر بعد جحدته بأخ آخر احتمل ان لا يلزمه له شيء لأنه لا فضل في يده عن ميراثه وهذا قول ابن أبي ليلى وان كان لم يدفع الى الاول شيئاً لزمه ان يدفع إليه نصف ما بيده ولا يلزمه للآخر شيء لما ذكرنا ويحتمل ان يلزمه دفع النصف الباقي كله الى الثاني لأنه فوته عليه وهو قول زفر وبعض البصريين ويحتمل ان يلزمه ثلث ما في يده للثاني لأنه الفضل الذي في يده على تقدير كونهم ثلاثة فيصير كما لو أقر بالثاني من غير جحد الاول، وهذا احد الوجوه لأصحاب الشافعي، وقال اهل العراق ان كان دفع الى الاول بقضاء دفع الى الثاني نصف ما بقي في يده وان كان دفعه بغير قضاء دفع الى الثاني ثلث جميع المال، وان خلف ابنتين فأقر احداهما بأخ ثم جحدته ثم أقر بالآخر لم يلزمه للثاني شيء لأنه لا فضل في يده وعلى الاحتمال الثاني يدفع إليه نصف ما بقي في يده وعلى الاحتمال الثالث يلزمه دفع ما بقي في يده ولا يثبت نسب واحد منهما في هذه الصورة ويثبت نسب المقر به الاول في المسئلة الاولى دون الثاني

بشرطه فيصح كحال الصحة ، وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أحدهن كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على أمراته وبشركنها في ميراثها فأجيز ذلك . وإذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية

(فصل) ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده لعموم الآية ، ولأن النبي ﷺ قضى لبروع بنت أوشق بالميراث وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها ولم يفرض لها صداقاً ، ولأن النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول

(فصل) فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين لأنه ليس بنكاح شرعي وإذا أشبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح فالقول عن أحمد أنه قال فيمن تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أول فاته يفرق بينهما وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئاً قال أبو بكر يتوجه على قوله أن يفرق بينهما ، فعلى هذا الوجه يفرق بينهما في الميراث إذا مات عنهما وعن النخعي والشعبي ما يدل على أن المهر والميراث يقسم بينهما على حسب الدعوى والتزويل كيراث الخنثى وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف المشكوك فيه من ذلك حتى يصطلحن عليه أو يتبين الأمر فلو تزوج

(فصل) إذا مات رجل وخلف ابنتين فأت أحدهما وترك بنتاً فافر الباقي باخ له من إيه ففي يده ثلاثة أرباع المال وهو يزعم أن له ربماً وسدساً فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به فإن أقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع وهي زعم أن لها السدس يفضل في يدها نصف السدس تدفعه إلى المقر له وهذا قول ابن أبي ليلى ، وقال أبو حنيفة إن أقر الأخ دفع إليه نصف ما في يده وإن أقرت البنت دفعت إليه خمسة أسباع ما في يدها لأنها زعم أن له ربماً وسدساً وذلك خمسة من اثني عشر ولها السدس وهو سهران فيصير الجميع سبعة لها منها سهران وله خمسة . بئان وعممات أحدهما وخلفت ابناً وبنتاً فأقرت البنت بخالة فقريضة الانكار من تسعة وقريضة الإقرار من سبعة وعشرين لها منها سهران وفي يدها ثلاثة فيدفع إليها سهران ، وإن أقر بها الابن دفع إليها سهران ، وإن أقرت بها البنت الباقي دفعت إليها التسع وإن أقر بها المم لم يدفع إليها شيئاً ، وإن أقر الابن بخال له فستة الإقرار من اثني عشر له منها سهران وهما السدس يفضل في يده نصف تسع ، وإن أقرت به اخته دفعت إليه ربع تسع ، وإن أقرت به البنت الباقي فلها الربع وفي يدها الثلث فتدفع إليه نصف السدس ، وإن أقر به المم دفع إليه جميع ما في يده . إبان مات أحدهما عن بنت ثم أقر الباقي منهما بأم لايه فقريضة الانكار من أربعة للمقر منها ثلاثة أرباعاً وقريضة الإقرار من اثنتين وسبعين للمقر منهما أربعون يفضل في يده أربعة عشر سهران يدفعها إلى المرأة التي أقر بها وترجع بالاختصار إلى ستة وثلاثين للمقر منها عشرون وللبنت تسعة وللمقر لها سبعة ، وإن أقرت بها البنت فلها من قريضة الإقرار خمسة عشر سهران وفي يدها الربع وهو ثمانية عشر يفضل في يدها ثلاثة تدفعها إلى المقر لها ، وإن أقر الابن بزوجة لايه وهي أم الميت الثاني فستة الإقرار من ستة وتسعين لها منها

امراة في عقد وأربعا في عقد ثم مات وخلف أخا ولم يعلم أي العقد سبق ففي قول أبي حنيفة كل واحدة تدعي مهرأ كاملا ينكره الاخ فتعطى كل واحدة نصف مهر ويؤخذ ربع الباقي تدعيه الواحدة والاربع فيقسم الواحدة نصفه وللاربع نصفه ، وعند الشافعي رضي الله عنه أكثر ما يجب عليه أربعة مهر ف يأخذ ذلك يوقف منها مهر بين النساء الخمس ويبقى ثلاثة تدعي الواحدة ربعها ميراثا يدعي الاخ ثلاثة أرباعها فيوقف منها ثلاثة أرباع مهر بين النساء الخمس وباقيها وهو مهران وربع بين الاربع وبين الاخ ثم يؤخذ ربع ما بقي فيوقف بين النساء الخمس والباقي للاخ ، وإن تزوج امرأة في عقد واثنين في عقد وثلاثة في عقد وام يعلم السابق فالواحدة نكاحها صحيح فلها مهرها ويبقى الشك في الخمس . فعلى قول أهل العراق لمن مهران يقيين والثالث لمن في حال دون حال فيكون لمن نصفه ثم يقسم ذلك بينهم لكل واحدة نصف مهر ثم يؤخذ ربع الباقي لمن ميراثا فللواحدة ربعه يقينا وتدعي نصف سدسه فتعطى نصفه فيصير لها من الربع سدسه ومعه وذلك سبعة من أربعة وعشرين والاثنتان يدعيان ثلثيه وهو ستة عشر سهما فيعطين نصفه وهو ثمانية أسهم ، والثلاث يدعين ثلاثة أرباعه وهو ثمانية عشر سهما فيعطين تسعة هذا قول محمد بن الحسن

سنة وخسون وفي يده ثلاثة ارباع ففضل معه ستة عشر سهما يدفعها الى المقر لها ويكون له ستة وخسون ولها ستة عشر وللبنت أربعة وعشرون وترجع بالاختار الى اثني عشر لان سهامهم كلها تتفق بالأمان فيكون للمقر سبعة وللمقر لها سهمان وللبنت ثلاثة ، وما جاء من هذا الباب بهذا طريقه . ابوان وابنتان اقتسموا التركة ثم أقروا بنت للميت فقالت قد استوفيت نصيبي من تركة أبي قال فربضة في الاقرار من ثمانية عشر للابوين سنة ولكل بنت أربعة فاسقط منها نصيب البنت المقر بها يبقى أربعة عشر للابوين منها ستة وأما اخذا ثلث الاربعة عشر وذلك أربعة أسهم وثلثا سهم فيبقى لهما في يد البنتين سهم وثلث يأخذانها منهما فاضرب ثلاثة في أربعة عشر تكن اثني واربعين فقد اخذا ابوان أربعة عشر وهما يستحقان ثمانية عشر يبقى لهما أربعة ، يأخذانها منهما ويبقى للابنتين أربعة وعشرون ، وإن قالت قد استوفيت نصف نصيبي فاسقط سهمين من ثمانية عشر يبقى ستة عشر قد اخذا ثلثها خمسة وثلاثا وبقي لهما ثلثا سهم فاذا ضربتها في ثلاثة كانت ثمانية واربعين قد اخذا منها ستة عشر يبقى لهما سهمان

(مسئلة) إذا قال مات أبي وانت أخي فقال هو أبي ولست بأخي لم يقبل انكاره لانه نسب الميت اليه بانه ابوه وأقر بمشاركة المقر له في ميراثه بطريق الاخوة فلما انكر اخوته لم يثبت اقراره به وبقيت دعواه انه ابوه دون غير مقبولة كما لو ادعى ذلك قبل الاقرار . فاما ان قال مات أبوك وانا أخوك فقال لست بأخي فالمال للمقر له وذلك لانه بدأ بالاقرار بان هذا الميت ابوه فثبت ذلك له ثم ادعى مشاركته بعد ثبوت الابوة للاول فاذا انكر الاول اخوته لم تقبل دعوى هذا المقر

(مسئلة) فان قال مات زوجتي وانت أخوها فقال لست بزوجها فهل يقبل انكاره؟ (علي وجيبين)

وعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف تقسم السبعة عشر بين الثلاث والاثنتين نصفين فيصير الربع من ثمانية وأربعين سهماً ثم تضرب الاثنتين في الثلاث ثم في الثمانية وأربعين تكن مائتين وثمانية وثمانين فهذا ربع المال ، وعند الشافعي رضي الله عنه تعطى الواحدة مهرها ويوقف ثلاثة مهور : مهران منها بين الخمس ومهر تدعيه الواحدة والاثنتان ربه ميراثا وتدعيه الثلاث مهرأ وثلاثة أرباعه تدعيه الاخرى ميراثا وتدعيه الثلاث مهرأ ، ويؤخذ ربع ما بقي فيدفع ربه الى الواحدة ونصف سدسه بين الواحدة والثلاث موقوف وثلاثة بين الثلاث والاثنتين موقوف ، فان طلبت واحدة من الخمس شيئاً من الميراث الموقوف لم يدفع اليها شيء وكذلك إن طلبه أحد الفريقين لم يدفع اليه شيء ، وإن طلبت واحدة من الثلاث وواحدة من الاثنتين دفع اليها ربع الميراث وان طلبه واحدة من الاثنتين واثنان من الثلاث أو الثلاث كلهم دفع اليهم ثلثه ، وان عين الزوج للنكوحات أولاً قبل تعيينه وثبت ، وان وطئ واحدة منهم لم يكن ذلك تعيناً لها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وللموطوءة الأقل من المسمى أو مهر المثل فيكون الفضل بينهما موقوفاً ، وعلى قول أهل العراق يكون تعينها ، فان كانت للموطوءة من الاثنتين صح نكاحها وبطل نكاح الثلاث ، وان كانت من الثلاث بطل نكاح الاثنتين ،

وهذه المسئلة تشبه الاولى من حيث انه نسب الميتة اليه بالزوجية في ابتداء اقراره كما نسب الابوة اليه في قوله مات أبي ، وتفارقها في ان الزوجية من شرطها الاشهاد ، ويستحب الاعلان بها واشهارها فان التكاد تخفى ويمكن اقامة البينة عليها بخلاف النسب فانه انما يشهد عليه بالاستفاضة غالباً

(فصل) اذا اقر من اعيلت له المسئلة بمن يزيل المول كزوج واحتين اقرت احدهما باخ لها فاضرب مسئلة الاقرار وهي ثمانية في مسئلة الانكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين للذكر من مسئلة الانكار سهمان في مسئلة الاقرار ستة عشر وللمقرة سهم من مسئلة الاقرار في مسئلة الانكار سبعة يبقى في يدها تسعة ، فان انكر الزوج دفعها الى اخيها المقر به وتعطي الزوج ثلاثة من مسئلة الانكار في مسئلة الاقرار اربعة وعشرون ، فان اقر الزوج به فهو يدعى تمام النصف اربعة والاخ يدعى اربعة عشر تكن ثمانية عشر والسهم المقر بها تسعة فاذا قسمتها على الثمانية عشر فللزوج منها سهمان وللأخ خمسة فان اقرت الاختان به وانكر الزوج دفع الى كل اخت سبعة والى الاخ اربعة عشر يبقى اربعة يقران بها للزوج وهو ينكرها ، ففي ذلك ثلاثة اوجه (احدها) ان تقر في يد من هي في يده لان اقراره بطل لعدم تصديق المقر له (والثاني) يصطلح عليها الزوج والاختان له نصفها ولها نصفها لأنها لا تخرج عنهم ولا شيء فيها للأخ لأنه لا يجهل ان يكون له فيها شيء بحال (الثالث) يؤخذ الى بيت المال لانه مال لم يثبت له مالك ، ومذهب أبي حنيفة في الصورة الاولى ان انكر الزوج اخذت المقره سهمها من سبعة فقسمتها بين اخيها وبنتها على ثلاثة فتضرب ثلاثة في سبعة تكن احدى وعشرين لها منها ستة لها سهمان ولأخها اربعة وان اقر الزوج ضم سهامه الى سهمها تكن خمسة واقسمها بينهما على سبعة للزوج اربعة وللأخ سهمان

وازنوطي، واحدة من الاثنين وواحدة من الثلاث صح نكاح الفريق المبدوء بوط، واحدة منه وواحدة من الاثنين التي لم يصح نكاحها مهر مثلها، فان أشكل أيضا أخذ منه اليقين وهو مهران مسميان ومهر مثل ويبقى مهر مسمى تدعيه النسوة وينكره الاخ فيقسم بينهما فيحصل للنسوة مهر مثل ومسميان ونصف منها مهر مسمى ومهر مثل يقسم بين الموطوءتين نصفين ويبقى مسمى ونصف بين الثلاث الباقيات لكل واحدة نصف مسمى والميراث على ما تقدم وعند الشافعي لا حكم لوط في التعيين، وهل يقوم تعيين الوارث مقام تعيين الزوج؟ فيه قولان، فعلى قوله يؤخذ مسمى ومهر مثل للموطوءتين تعطى كل واحدة الاقل من المسمى أو مهر المثل وبقي الفضل بينهما ويبقى مسميان ونصف يقف أحدهما بين الثلاث اللاتي لم يوطأن وآخر بين اثلاث الاثنين والميراث على ما تقدم

وحكي عن الشعبي والنخعي فيمن له أربع نسوة أبت طلاق إحداهن ثم نكح الخامسة ودات ولم يدر أيهن طلق فللخامسة ربع الميراث وللاربعة ثلاثة أرباعه يذهب وهذا مذهب أبي حنيفة اذا كان نكاح الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة، ولو أنه قال بعد نكاح الخامسة إحدى نسائي طالق ثم نكح سادسة ثم مات قبل أن يبين فللسادسة ربع الميراث وللخامسة ربع ثلاثة أرباع الباقي وما بقي أي الأربعة الأول أرباعا وفي قول الشافعي رضي الله عنه ما أشكل من ذلك موقوف على ما تقدم

والاخذت سهم واضرب سبعة في سبعة تكن تسعة واربعين ومنها تصح للمسكرة سهمان في سبعة اربعة عشر وللزوج اربعة في خمسة وللأخ سهمان في خمسة والمقرة سهم في خمسة

(مسئلة) (فان كان معهم اختان من ام فمسئلة الانكار من تسعة ومسئلة الاقرار من اربعة وعشرين وهما يتفقان بالاثلاث اذا ضربت وفق احداهما في الاخرى تكن اثنين وسبعين للزوج من مسئلة الانكار ثلاثة في وفق مسئلة الاقرار اربعة وعشرون وللأختين من الام سهمان في ثمانية ستة عشر وللمسكرة كذلك وللمقرة سهم من مسئلة الاقرار في وفق مسئلة الانكار ثلاثة يبقى في يدها ثلاثة عشر للاخ منها ستة ضعف سهمها يبقى سبعة اسهم لا يدها احد ففيها الالوجه الثلاثة التي ذكرناها)

(احدها) تقر في يد المقررة (والثاني) تؤخذ الى بيت المال (والثالث) يقسم بين الزوج والمقرة والأختين من الام على حسب ما يحتمل انه لم لان هذا المال لا يخرج عنهم فان المقررة ان كانت صادقة فهو للزوج والأختين من الام وإن كذبت فهو لها وإن كان لم لا يخرج عنهم قسم بينهم على قدر الاحتمال كما قسمنا الميراث بين الحثي ومن معه على ذلك. فعلى هذا يكون للمقرة النصف وللزوج والأختين النصف بينهم على خمسة لان هذا في حال للمقرة وفي حال لهما فقسم بينهم نصفين ثم جعل نصف الزوج والأختين بينهم على خمسة لان له النصف ولهما الثلث وذلك خمسة من ستة فتقسم السبعة الاسهم بينهم على عشرة للمقرة خمسة وللزوج ثلاثة وللأختين سهمان، فاذا أردت تصحيح المسئلة فاضرب المسئلة وهي اثنان وسبعون في عشرة، ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في عشرة

﴿فصل في الطلاق﴾

إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً يملك رجعتها في عدتها لم يسقط التوارث بينهما مادامت في العدة سواء كان في المرض أو الصحة بغير خلاف نعلمه ، وروى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه ويملك أمساكها بالرجعة بغير رضاها ولا ولي ولا شهود ولا صداق جديد ، وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً أو رجعياً فبانت باتقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً ، وإن كان الطلاق في المرض المخوف ثم مات من مرضه ذلك في عدتها ورثته ولم يرثها إن ماتت ، يروى هذا عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال عروة وشريح والحسن والشعبي والنخعي والثوري وأبو حنيفة في أهل العراق ومالك في أهل المدينة وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي رضي الله عنه القديم

وروى عن عتبة بن عبد الله بن الزبير لا ترث ببتوة وروى ذلك عن علي وعبد الرحمن بن عرف وهو قول الشافعي الجديد لأنها بائن فلا ترث كالبائن في الصحة أو كما لو كان الطلاق باختيارها ولأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس لها شيء من هذه الأسباب

ومن له شيء من عشرة مضروب في سبعة وإن صدقها الزوج فهو يدعي اثني عشر تمام النصف والآخر يدعي ستة تكن ثمانية عشر والثلاثة عشر لا تنقسم عليها ولا توافقها فاضرب المسئلة في ثمانية عشر تكن ألفاً ومائتين وستة وتسعين ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في ثمانية عشر ومن له شيء من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة عشر فللزوج أربعة وعشرون في ثمانية عشر أربعاً وأثنان وثلاثون وللأختين من الأم مائتان ثمانية وثمانون وللمنكر كذلك وللمقرة ثلاثة في ثمانية عشر أربعة وخمسون وللأخت ستة في ثلاثة عشر ثمانية وسبعون وللزوج اثنا عشر في ثلاثة عشر مائة وستة وخمسون وترجع بالاختصار إلى مائتين وستة عشر لأن السهام كلها تتفق بالاسداس وعلى هذا تسمل ماورد عليك من هذه المسائل إذا فهمتها إن شاء الله تعالى

(فصل) امرأة وعم ووصى لرجل بثلث ماله فأقرت المرأة والعم أنه أخو الميت فصدقهما ثبت نسبه واخذ ميراثه وإن أقرت المرأة وحدها فلم يصدقها المقر به لم يؤثر إقرارها شيئاً وإن صدقها الآخر وحده فللمرأة الربع بكمالها إلا أن تجيز الوصية ولعم النصف ويبقى الربع يدفع إلى الوصي وإن صدقها العم ولم يصدقها الوصي فله الثلث والمرأة الربع والباقي يقر به العم لمن لا يدعي فيه إلا وجه الثلاثة التي ذكرناها وإن أقر به العم وحده فصدقته الموصى له أخذ ميراثه وهو ثلاثة أرباع والمرأة السدس ويبقى نصف السدس فيحتمل أن يكون لها لأن الموصى له يعترف بإطلاق الوصية أو وقفها على إجازة (المغني والشرح الكبير) (٢٨) (الجزء السابع)

ولنا أن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الاصبع الكلبي من عبد الرحمن بن عوف وكان مطلقاً في مرضه فبتهسا واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان اجماعاً ولم يثبت عن علي ولا عبد الرحمن خلاف في هذا بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن لان مت لا ورثتها منك قال قد عدلت ذلك وما روي عن ابن الزبير ان صح فهو مسبوق بالاجماع ولان هذا قصد قصداً فاسداً في الميراث فعورض بنقبض قصده كالقاتل القاصد استعجال الميراث بعاقب بحرمانه، اذ اثبت هذا فالمشهور عن أحمد أنها ترث في العدة وبعدها ما لم تزوج قال أبو بكر لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها اذا طلقها المريض أنها ترث في العدة وبعدها ما لم تزوج روي ذلك عن الحسن وهو قول البتي وحيد وابن أبي ليلى وبعض البصريين وأصحاب الحسن ومالك في أهل المدينة وذكر عن أبي بن كعب لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن أن اباہ ضلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة ولان سبب تورثها فراره من ميراثها وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة، وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة فانه قال في رواية الاثرم يلزم من قال له أن يتزوج أربما قبل انقضاء عدة مطلقانه أنه لو طلق أربما نسوة في مرضه ثم تزوج أربما ثم مات من مرضه ذلك ان النجان يرثه

المراة ولم تجزها ويحتدل الاوجه الثلاثة وإن لم يصدقه أخذ الثلث بالوصية وأخذت المراة السدس بالميراث ويبقى النصف في الاوجه الثلاثة والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ميراث القاتل

(كل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة يمنع القاتل ميراث المقتول سواء كان القتل عمداً أو خطأ بمباشرة أو سبب صغيراً كان القاتل أو كبيراً أو مجنوناً)

لا يرث قاتل العمد وقد أجمع عليه أهل العلم إلا ما حكي عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه وهو رأي الخوارج لان آية الميراث تتناول به مومها فيجب العمل بها ولا تمويل على هذا القول لشذوذه وقيام الدليل على خلافه فان عمر رضي الله عنه أعطى دية ابن قتادة المذحجي لاختيه دون أبيه وكان حذفه بسيف فقتله واشتهرت هذه القصة بين الصحابة فلم تنكر فكانت اجماعاً وقال عمر سمعت رسول الله ﷺ يقول «ليس لقاتل شيء» رواه مالك في موطئه والامام أحمد بسنده وروي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ نحوه رواه ابن اللبان باسناده ورواه ابن عبد البر في كتابه وروي ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ «من قتل قتيلاً فانه لا يرثه وإن لم يكن له وارث غيره وان كان والده أو ولده فليس لقاتل ميراث» رواه الامام أحمد باسناده ولان تورث القاتل يفضي الى تكثير القتل لان الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فانزل الله تعالى فيه قصة البقرة ويقال ما ورث قاتل بعد حاميل وهو اسم القاتل فأما القتل خطأ فذهب كثير من أهل العلم إلى أن القاتل لا يرث أيضاً نص

كلهن فيكون مسلماً يرثه ثمان نسوة وهذا القول يلزم منه توريث ثمان وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك ولأنه قال في المطلقة قبل الدخول لا ترث لأنها لا عدة لها وهذه كذلك فلا ترث وهذا قول عروة وأبي حنيفة وأصحابه وقول الشافعي القديم لأنها تباح لزوجة آخر فلم ترثه كما لو كان في الصحة ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة فلم يجز ذلك كما لو تزوجت وإن تزوجت المبتوتة لم ترثه سواء كانت في الزوجية أو بانت من الزوج الثاني هذا قول أكثر أهل العلم وقال مالك في أهل المدينة ترثه لما ذكرنا للرواية الأولى ولأنها شخص يرث ثم انتفاء الزوجية فورث معها كسائر الوراثين .

ولذا أن هذه واردة من زوج فلا ترث زوجاً سواء كسائر الزوجات ولأن التوراث من حكم النكاح فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر كإمدة ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول لها فأشبه ما لو كان فسخ النكاح من قبلها .

(فصل) ولو صح من مرضه ذلك ثم مات بعده لم ترثه في قول الجمهور وروى عن النخعي والشافعي والثوري وزفر أنها ترثه لأنه طلاق مرض قصد به الفرار من الميراث فلم يمنع كما لو لم يصح .

عليه أحمد يروى ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس وروى نحوه عن أبي بكر رضي الله عنهم وبه قال شريح وعروة وطاوس وجابر بن زيد والنخعي والثوري والشافعي وشريك والحسن ابن صالح ووكيع ويحيى بن آدم والشافعي وأصحاب الرأي وذهب قوم إلى أنه يرث من المال دون الدية روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب وعطاء والحسن ومجاهد والزهري ومكحول والاوزاعي وابن أبي ذئب وأبي ثور وابن المنذر وداود وروى نحوه عن علي لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة تخصص قاتل العمد بالإجماع فوجب البقاء على الظاهر فيها سواء

ولنا الأحاديث المذكورة ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والخالف في الدين ، والعمومات مخصصة بما ذكرناه فعلى هذا القتل المانع من الميراث هو القتل بغير حق فالعمد وشبه العمد وإلخاطاً وما أجري مجراه كالقتل بالسبب وقتل الصبي والمجنون والنائم وكل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة .

(مسئلة) (فأما ما لا يضمن بشيء من هذا القتل قصاصاً أو حداً أو دفناً عن نفسه وقتل العادل الباغي والباغي العادل فلا يضمن وعنه لا يرث العادل الباغي ولا الباغي العادل فيخرج منه أن كل قاتل لا يرث) وجملة ذلك أن القتل المانع من الارث ما كان مضموناً على ما ذكرنا فأما ما ليس بمضمون فلا يضمن الميراث كالقتل قصاصاً وحداً ودفناً عن نفسه وقتل العادل الباغي أو من قصد مصلحة موليه بماله فعنه من سقي دواء أو بط خراج فوات أو من أمره إنسان قاتل كبير يبط خراجه أو قطع سلعة منه فوات بذلك ورثه في ظاهر المذهب قال أحمد إذا قتل الباغي العادل في الحرب يرثه وعن أحمد أن العادل

ولنا أن هذه بائن بطلاق في غير مرض الموت فلم ترثه كالمطلقة في الصحة ولأن حكم هذا المرض حكم الصحة في العطايا والاعتاق والاقرار فكذلك في الطلاق وما ذكره يبطل بما إذا قصد الفرار بالطلاق في صحته

(فصل) ولو طلق امرأته ثلاثاً في مرضه قبل الدخول بها فقال أبو بكر فيها أربع روايات (أحدها) أن لها الصداق كاملاً والميراث وعليها العدة اختارها أبو بكر وهو قول الحسن وعطاء وأبي عبيد لأن الميراث ثبت للدخول بها لفراره منه وهذا قار وإذا ثبت الميراث ثبت وجوب تكيل الصداق وينبغي أن تكون العدة عدة الوفاة لانا جعلناها في حكم من توفي عنها وهي زوجة ولأن الطلاق لا يوجب عدة على غير مدخول بها (الثانية) لها للميراث والصداق ولا عدة عليها، وهو قول عطاء لأن العدة حق عليها فلا يجب بفراره (والثالثة) لها للميراث ونصف الصداق وعليها العدة وهذا قول مالك في رواية أبي عبيد عنه لأن من ترث يجب أن تعتد ولا يكيل الصداق لأن الله تعالى نص على تنصيفه بالطلاق قبل المسيس ولا تجوز مخالفته والرابعة لاميراث لها ولا عدة عليها ولها نصف الصداق وهو قول جابر بن زيد والنخعي وأبي حنيفة والشافعي وأكثر أهل العلم. قال أحمد، قال جابر بن زيد لا ميراث لها ولا عدة

إذا قتله الباغي في الحرب لا يرثه ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في أربعة شهود شهدوا على أختهم بالزنا فرجعت فرجموا مع الناس يرثونها ثم غير قتلة وعن أحمد رواية أخرى تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال فإنه قال في رواية ابنه صالح وعبد الله لا يرث الباغي العادل ولا العادل الباغي وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال وهو ظاهر مذهب الشافعي أخذاً بظاهر الحديث ولأنه قاتل فأشبه الصبي والمجنون وقال أبو حنيفة وصاحبه كل قتل لا يأنم فيه لا يمنع الميراث كقتل الصبي والمجنون والنائم والساقط على إنسان من غير اختيار منه وسائق الدابة وقائدها وراكبها إذا قتلت بيدها أو فيها فإنه يرثه لأنه قتل غير منهم فيه ولا أنم فيه أشبه القتل في الحد

ولنا على أبي حنيفة وأصحابه عموم الاخبار خصصنا منها القتل الذي لا يضمن في ماعداه تبقى على مقتضاها ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالحطأ

ولنا على الشافعي أنه فعل مأذون فيه فلم يمنع الميراث كما لو أطمعه أو سقاه باختياره فافضى الى تله ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق كيلا يفضي الى اتحاد القتل المحرم وزجراً عن اعدام النفس المعصومة وفي مسئلتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة واستيفاء الحقوق المشروعة ولا يفضي الى إيجاد قتل محرم فهو ضد ما ثبت في الاصل ولا يصح القياس على قتل الصبي والمجنون لأنه قتل محرم وتقويت نفس المعصومة والتوريت يفضي اليه بخلاف مسئلتنا اذا ثبت هذا فالشارك في القتل في الميراث كالمنفرد لأنه يلزمه من الضمان بحسبه فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلماً فقتل لم يرثه وإن شهد بحق ورثه لأنه غير مضمون

عليها . قال الحسن ترث قال احمد اذهب الى قول حابر وذلك لان الله تعالى نص على تنصيب الصداق ونفى العدة عن المطلقة قبل الدخول بقوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم . وأما الميراث فانها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح فأشبهت المطلقة في الصحة والله أعلم . ولو خلاها وقال لما أطاها وصدقته فلها الميراث وعليها العدة لوقاة ويكفل لها الصداق لان الحلوة تكفي في ثبوت هذه الاحكام وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه

(فصل) ولو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها لم ترثه لانه طلاق صحة ، وإن طلقها واحدة في صحته وأبأنها في مرضه ثم مات بعد انقضاء عدتها فتحكمها حكم ماله ابتداء طلاقها في مرضه لانه فر من ميراثها فان طلقها واحدة في صحته وأخرى في مرضه ولم بينها حتى بانت بانقضاء عدتها لم ترث لان طلاق المرض لم يقطع ميراثها ولم يؤثر في بينوتها

(فصل) أربعة أخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر سقط القصاص عن الأكبر لان ميراث الثاني صار للثالث والأصغر نصين فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه وورثه الأكبر فرجع إليه نصف دم نفسه وميراث الأصغر جميعه فسقط عنه القصاص لميراثه بعض دم نفسه وله القصاص على الثالث ويرثه في ظاهر المذهب فان اتص منه ورثه وورث أخوته الثلاثة ولو أن اثنين قتل أحدهما أحداً وبههما وهما زوجان ثم قتل الآخر أباً الآخر سقط القصاص عن الأول ووجب على القاتل الثاني لان الأول لما قتل أباه ورث ماله ودمه أخوه وأمه فلما قتل الثاني أمه ورثها قاتل الأب فصار له من دم نفسه ثمنه فسقط القصاص عنه لذلك وله القصاص على الآخر فان قتله ورثه في ظاهر المذهب وان جرح أحدهما أباه والآخر أمه ومات في حال واحدة ولا وارث لهما سواهما فلكل واحد منهما مال الذي لم يقتله ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه وذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الأبوين ولم يكونا زوجين فلكل واحد منهما القصاص على أخيه الا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء الا باطال حق الآخر فيسقطان وان عفي أحدهما عن الآخر فلا أثر لقتل العافي ويرثه في الظاهر ، إن بادر أحدهما فقتل أخاه سقط القصاص عنه وورثه في الظاهر ويحتمل أن لا يرثه ويجب القصاص عليه لان القصاصين لما تداريا وتعذر الجمع بين استيفائهما سقط فلم يبق لهما حكم فيكون المستوفي منهما متعدياً باستيفائه فلا يرث أخاه ويجب القصاص عليه بقتله وان أشكل كيفية موت الأبوين وادعى كل واحد منهما أن قتله أو لهما موتاً خرج في توريثهما ما ذكرنا في الفرق من توريث كل واحد من الميتين من الآخر ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه فسقط القصاص عنهما ومن لا يرى ذلك

(فصل) وإن طلقها ثلاثاً في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات في عدتها ففيه وجهان (أحدهما) ترثه وهو قول مالك لأنها مطلقة في المرض أشبه ما لو لم ترتد (والثاني) لا ترثه وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنها فعلت ما ينافي النكاح أشبه ما لو تزوجت ولو كان هو المرتد ثم أسلم ومات ورثته، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وقال الشافعي رضي الله عنهم لا ترثه ولنا أنها مطلقة في المرض لم تفعل ما ينافي نكاحها مات زوجها في عدتها فأشبه ما لو لم ترتد، ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ورثته الآخر لأن النكاح باق فان انقضت العدة قبل رجوعه انفسخ النكاح ولم يرث أحدهما الآخر، وإن قلنا ان الفرقة تمجّل عند اختلاف الدين لم يرث أحدهما الآخر ويخرج أن يرثه الآخر اذا كان ذلك في مرض موته لانه تمحصل به البيّنونة فأشبه الطلاق وهو قول مالك، وقال أبو حنيفة وأصحابه اذا ارتدت المرأة ثم ماتت في عدتها ورثها الزوج (فصل) اذا طلق الممل المريض زوجته الامه والدمية طلاقاً بائناً ثم أسلمت الذمية وعنتت الامه

فالجواب فيها كافي قبلها ومحمّل أن يسقط القصاص بكل حال لأشبهه والله أعلم ويكون لكل واحد منهما دية الآخر وماله

باب ميراث المعتق بمضه

لا يرث العبد ولا يرث سواء كان قنأ أو مدبراً أو سكتانياً أو أم ولد. قال شيخنا لا أعلم خلافاً في أن العبد لا يرث إلا ماروي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أباً مملوكاً بشئ من ماله ويعتق ويرث وقاله الحسن وحكي عن طاوس أن العبد يرث ويكون ما ورثه نسيده ككسبه وبما لو رضى له ولانه تصح الوصية له فيرث كالخلف ولنا أن فيه نقصاً منع كونه موروثاً فمنع كونه وارثاً كما رتد ويفارق الوصية فانها تصح لمولاه ولا ميراث له وقياسهم ينتقض باختلاف الدين، وقول ابن مسعود لا يصح لأن الاب رقيق حين موت ابنه فلم يرثه كسائر الاقارب وذلك لأن الميراث صار لاهله بالموت فلم ينتقل عنهم الى غيرهم وأجمعوا على أن المملوك لا يرث لانه لا مال له فانه لا يملك، ومن قال انه يملك بالتملك فملكه ناقص غير مستقر يزول الى سيده بزوال ملكه عن رقبته بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «من باع عبداً وله مال فماله للبائيم إلا أن يشترطه المبتاع» ولان السيد أحق بمنافعه واكتسابه في حياته فكذلك بهدماته ومن روي عنه أن العبد لا يرث ولا يرث ولا يحجب علي وزيد والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، والاسير الذي عند الكفار يرث اذا علمت حياته في قول عامة الفقهاء الاسعدي بن المسيب فانه قال لا يرث لانه عبد ولا يصح لان الكفار لا يملكون الاحرار ما قهر وهو باق على حرثته فيرث كالطلاق

ثم مات في عدتهما لم ترثاه لانه لم يكن عند الطلاق فاراً ، وإن قال لها في المرض اذا عتقت أنت أو أسدت أنت فأنتما طالقتان فعتقت الامة وأسدت القمية ومات ورثناه لانه فار فان قال لها أنها طالقتان غداً فعتقت الامة وأسدت القمية لم ترثاه لانه غير فار ، وإن قال سيد الامة أنت حرة غداً ، وقال الزوج أنت طالق غداً وهو يعلم بقول السيد ورثته لانه فار ، وإن لم يعلم لم ترثه لعدم الفرار ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي رضي الله عنه ولم أعلم لهم مخالفاً

(فصل) واذا قال لامرأته في صحته اذا مرضت فأنت طالق فحكمه حكم طلاق المرض سواء ، فإن أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثاً لم يقبل إقراره عليها وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي رضي الله عنه يقبل إقراره . ولنا أنه إقرار بما يبطل به حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بما لها

(فصل) وإن سألته الطلاق في مرضه فأجابها فقال اقضي فيه روايتان (احدهما) لا ترثه لانه ليس بنار (والثانية) ترثه لانه طلقها في مرضه وهو قول مالك وكذلك الحكم إن خالها أو علق الطلاق على مشيتها فشاءت أو على فعل من جهتها لما منه بد ففعلته أو خبرها فاخترت نفسها والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه لانه لا فرار منه ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه ، وإن لم تعلم

(فصل) والمدير وأم الولد كلن لانه وقيق بدليل أن النبي ﷺ باع مديراً ، وأم الولد مملوكة يجوز لسيدها وطؤها بحكم الملك واجارتها ونكحها حكم الامة في جميع أحكامها الا فيما ينقل الملك فيها أو يراد له كلهن فاما المكاتب فإن لم يملك قدر ماعليه فهو عبد لا يرث ولا يورث ، وإن ملك قدر ما يؤدي ففيه روايتان (احدهما) أنه عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث روي ذلك عن عمر وزيد بن ثابت وابن عمر وعائشة وأم سلمة وعمر بن عبد العزيز والشافعي وأبي ثور وعن ابن المسيب وشريح والزهرري نحوه لما روى ابو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « أما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أو أوفوه عبد وأما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دفانير فهو عبد » وعن محمد بن المنكدر وعبد الله مولى عفرة وعبد الله بن عبيدة أن النبي ﷺ قال لعناب بن أسيد « من كاتب مكاتباً فهو أحق به حتى يقضي كتابته » وقال القاضي وأبو الخطاب اذا أدى المكاتب ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق لان ذلك يجب إتيانه المكاتب فلا يجوز إتيانه على الرق له جزؤه مما يجب ورده اليه (والرواية الثانية) أنه إذا ملك ما يؤدي صار حراً يرث ويورث فإذا مات له من يرثه ورث ، وإن مات فلسيده بنية كتابته والباقي لورثته لما روى ابو داود بإسناده عن أم سلمة قالت قال لنا رسول الله ﷺ « اذا كان لاحدا كن مكاتب وكان عنده ما يؤدي فلتحتجب منه » وروي الحكم عن علي وابن مسعود وشريح يعطى سيده من تركه ما بقي من كتابته فان فضل شيء كان لورثة المكاتب وروي نحوه عن الزهرري وبه قال سعيد بن المسيب وابو سلمة بن عبد الرحمن والنخعي

بتعليق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته لأنها معذورة فيه ، ولو سأله طاعة فطلعتها ثلاثاً ورثته لأنه أبانها بما لم تطلبه منه ، وإن علق طلاقها على فعل لا بد لها منه كعقوبة مكتوبة وصيام واجب في وقته ففعلته فحكه حكم طلاقها ابتداء في قولهم جميعاً ، وكذلك إن علقه على كلامها لا بوليها أو لاحدهما ، وإن قال في مرضه أنت طالق إن قدم زيد ونحوه مما ليس من فعلها ولا فعله فوجد الشرط فطلقت به ورثته (فصل) فإن علق طلاقها في الصحة على شرط وجد في المرض كقدوم زيد ومجيء غدا وصلاتها

الغرض بانث ولم ترث لان اليمين كانت في الصحة

وذكر القاضي رواية أخرى أنها ترث وهو قول مالك لان الطلاق وقع في المرض والاول أصح وإن علقه على فعل نفسه ففعله في المرض ورثته لأنه أوقع الطلاق بها في المرض فأشبهه ما لو كان التعليق في المرض . ولو قال في الصحة أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته وإن مات لم يرثها . وإن مات الفلام والزوج مريض طلقت وكان كتبه ليقه على يحيى . زيد أيضاً ، وكذلك إن قال إن لم أوفك مهرك فأنت طالق ، وإن ادعى الزوج أنه وقاعها مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها لان لاصل بقاء الكاح ولم تصدق في برائه منه لان الاصل بقاؤه في ذمته ، ولو قال لها في

والشعبي والحسن وهنصور ومالك وأبو حنيفة إلا أن مالكا جعل من كان معه في كتابته أحق بمن لم يكن معه فإنه قال في مكاتب هلك وله أخ معه في الكتابة وله ابن قال ما فضل من كتابته لآخيه دون ابنه وجعله أبو حنيفة عبداً مادام حياً وإن مات أدى من تركته باقي كتابته والباقي لورثته ، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال على النهر انكم مكاتبين مكاتبين فأبهم أدى النصف فلأرق عليه وعن علي إذا أدى النصف فهو حر وعن عروة نحوه وعن الحسن إذا أدى الشطر فهو غريم ، وعن ابن مسعود وشرح مثله وعن ابن مسعود إذا أدى ثلثاً أو ربعاً فهو غريم وعن ابن عباس إذا كتب الصحيفة فهو غريم وعن علي قال : نجرى العتاقة في المكاتب في أول نجم يعني يعتق منه بقدر ما أدى وعنه أنه قال يرث ويحجب ويصدق منه بقدر ما أدى ، وروي حماد بن سلمة عن أبيب عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه وأقيم عليه الحد بحساب ما عتق منه ، وفي رواية يؤدي المكاتب بقدر ما عتق منه دية الحر وقدر مارق منه دية العبد . قال يحيى بن أبي كثير وكان علي رضي الله عنه ومروان بن الحكم يقولان ذلك وقد روي حديث ابن عباس عن عكرمة عن النبي ﷺ مراسلاً والحديث الذي رواه انقلنا أصح ولا نعلم أحداً من الفقهاء قال بهذا وماذا كرهناه أولى إن شاء الله

(مسئلة) (فأما المعتق بعضه فما كسبه بجزئه الحر فهو لورثته ويرث ويحجب بدمرافيه من الحرية) وجملة ذلك أن المعتق بعضه إذا اكتسب مالا ثم مات وخلفه فإن كان قد كسبه بجزئه الحر مثل أن يكون قد هاباً سيده على منفعة فاكسب في أيامه أو ورث شيئاً فإن الميراث إنما يستحقه بجزئه

الصحة أنت طالق ان لم أنزوج عليك فكذلك ، نص عليه أحمد وهو قول الحسن ، ولو قذف المريض امرأته ثم لاعنها في مرضه فبانت منه ثم مات في مرضه ورثته وان ماتت لم يرثها ، وان قذفها في صحته ولا عنها في مرضه ومات فيه لم ترثه نص عليه أحمد وهو قول الشافعي والشافعي رواية أخرى انها ترث وهو قول أبي يوسف وان آلى منها في مرضه ثم صح ثم نكس في مرضه فبانت بالايلاء لم ترثه (فصل) وإذا استكره الابن امرأة أبيه على ما يفسخ به نكاحها من وطء أو غيره في مرض أبيه فمات أبوه من مرضه ذلك ورثته ولم يرثها ان ماتت ، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه ، فان طأوعته على ذلك لم ترث لانها مشاركة فيما يفسخ به نكاحها فأشبهه مالوخا لعمته وسواها كان للبيت بنون سوى هذا الابن أو لم يكن ، فإذا انتفت التهمة عنه بأن يكون غير وارث كالكافر والقاتل والرقيق أو كان ابناً من الرضاعة أو ابن ابن محجوب بالبيت أو بأبوين أو ابنتين أو كان للبيت امرأة أخرى تحوز ميراث الزوجات لم ترث لا تنفاه التهمة ولو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم يرث لا تنفاه التهمة حال الوطء ، ولو كان حال الوطء وارثاً فعاد محجوباً عن الميراث لو رثت لوجود التهمة حين الوطء ، ولو كان المريض امرأتان فاستكره ابنة احدهما لم ترثه لا تنفاه التهمة عنه لكون ميراثها لا يرجع اليه ، ولو استكره الثانية بعدما لورثت الثالثة لانه منهم في حقها ، ولو استكرهها معاً دفعة واحدة ورثنا جميعاً ، وهذا كله قول أبي حنيفة وأصحابه ، فأما الحر أو كان قد قام سيدة في حياته فتركتها كلها لورثته لاحق لما لك باقية فيها ، وقال قوم جميع ما خلفه بينه وبين سيدة قال ابن القبان هذا غلط لان الشريك إذا أخذ حقه من كسبه لم يبق له حق في الباقي ولا سبيل له على ما كسبه بنصف الحر كما لو كان بين الشريكين فاقسما كسبه لم يكن لاحدهما حق في حصة الآخر ، والعبد يختلف أحد الشريكين فيما عتق منه فأما ان لم يكن كسبه بجزءه الحر خاصة ولا انهما كسبه فمالك باقية من تركته بتدرج ملكه فيه والباقي لورثته فان مات له من يرثه فانه يرث ويرث ويحجب على قدر ما فيه من الحرية هذا قول علي وابن ميمون رضي الله عنهما وبه قال عثمان التيمي وحزرة الزيات وابن المبارك والمزني وأهل الظاهر ، وقال زيد بن ثابت لا يرث ولا يرث واحكامه أحكام العبد وبه قال مالك والشافعي في القديم وجعل مالك باقية قال ابن القبان هذا غلط لانه ليس لمالك باقية على ما عتق منه ملك ولا ولا هو ذو رحم قال ابن شريح يحتمل على قول الشافعي القديم أن يجعل في بيت المال لانه لاحق له فيما كسبه بجزءه الحر ، وقال الشافعي في الجديد ما كسبه بجزءه الحر لورثته ولا يرث هو ممن مات شيئاً وبه قال طائفة وعمر بن دينار وأبو ثور وقال ابن عباس هو كالحر في جميع أحكامه في توريثه والارث منه وغيرها وبه قال الحسن وجابر بن زيد والشعبي والنخعي والحكم وسهاده وابن أبي ليلى والثوري وأبو يوسف ومحمد والشافعي وبجني بن آدم وداود وقال أبو حنيفة ان كان الذي لم يعتق استسعى العبد فله من تركته سعاية وله نصف ولاية وإن كان غرم الشريك فولأوه كله فلهذا أعنى بعضه

الشافعي رضي الله عنه فإنه لا يرى فسخ النكاح بالوطء الحرام ، وكذلك الحكم فيما إذا وطئ المريض من ينفخ نكاحه بوطئها كأم امرأته أو بنتها فإن امرأته تبين منه وترثه إذا مات في مرضه ولا يرثها وسواء طأعته الموطوءة أو أكرهها فإن مطاوعتها ليس للمرأة فيه فعل فيسقط به ميراثها ، فإن كان زائلاً العقل حين الوطء لم ترث امرأته منه شيئاً لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً من ميراثها وكذلك لو وطئ ابنه امرأته مستكرها لها وهو زائل العقل لم ترث لذلك ، فإن كان صبياً عاقلاً ورثت لأن له قصداً صحيحاً . وقال أبو حنيفة هو كالحجرون لأن قوله لا عبرة به ، وكذلك الحكم فيما إذا وطئ بنت امرأته أو أمها . والشافعي في وطء الصبي ابنة امرأته أو أمها قولان (أحدهما) لا ينفخ به نكاح امرأته لأنه لا يحرم (والثاني) أن امرأته تبين بذلك ولا ترثه ولا يرثها ، وفي القبلية والمباشرة دون الفرج روايتان (أحدهما) تنشر الحرمة وهو قول أبي حنيفة وأصحابه لأنها مباشرة محرم في غير النكاح والمالك فأشبهه الوطء . (والثانية) لا ينشره لأنه ليس بسبب للبضعية فلا ينشر الحرمة كالنظر والخلو . وخرج أصحابنا في النظر إلى الفرج والخلو لشهوة وجهاته ينشر الحرمة

ولنا ما روى عبد الله بن أحمد ثنا الرمي عن يزيد بن هارون عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال في العتيق يعتق بعضه « يرث ويورث على قدر ما اعتق منه » ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه كما لو كان الآخر مثله وقياساً لأحدهما على الآخر إذا ثبت هذا فالتفريع على قولنا لأن العمل على غيره واضح وكيفية توريثه أن يعطى من له فرض بقدر ما فيه من الحرية من فرضه وإن كان عصبة نظر ماله مع الحرية الكاملة فأعطي بقدر ما فيه منها فإذا خلف أمماً وبنثاً نصفها حر وأباً حراً فلبنت بنصف حريتها نصف ميراثها وهو الربع واللام مع حريتها ورق البنت الثلث والسدس مع حرية البنت فقد حجبتها بحريتها عن السدس فبنصف حريتها تحجبها عن نصفه يبقى لها الربع لو كانت حرة فلما بنصف حريتها نصفه وهو الثمن والباقي للاب وإن شئت نزلتهم أحوالاً كتزويل الحثائي فتقول إن كانتا حرتين فالمسئلة من ستة للبنت ثلاثة واللام السدس سهم والباقي للاب ، وإن كانا رقيقين فالل للاب ، وإن كانت البنت وحدها حرة فلها النصف والمسئلة من اثنين وإن كانت الام وحدها حرة فلها الثلث وهي من ثلاثة وكلها تدخل في الستة فتضربها في الأربعة الأحوال تكن أربعة وعشرين للبنت ستة وهي الربع لأن لها النصف في حالين واللام الثمن وهو ثلاثة لأن لها السدس في حال والثلث في حال والباقي للاب ويرجع بالاختصار إلى ثمانية .

(مسئلة) (وإن كان عصبتان نصف كل واحد منهما حر كالأخوين فهل تسكل الحرية فيهما؟) يحتمل وجهين ، وإن كان أحدهما يحجب الآخر كابن وابن ابن فالصحيح أنها لا تسكل (إذا كان عصبتان لا يحجب أحدهما الآخر كابنين نصفهما حر ففيه وجهان (أحدهما) تسكل الحرية فيهما بأن تضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منهما فإن كل منهما

(فصل) وان فعلت المريضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة لزوجها أو رضاع زوجها الصغير أو ارتدت أو نحو ذلك فزنت في مرضها ورثها الزوج ولم ترثه وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يرثها

ولنا أنها أحد الزوجين فمن ميراث الآخر فأشبه الرجل، وإن اعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج غنياً فأجل سنة ولم يصبها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقة وفرق بينهما لم يتوارثا في قولهم أجمعين، ذكره ابن الألبان في كتابه، وذكر القاضي في المعقنة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها، وذلك لأن فسخ النكاح في هذين الموضعين لدفع الفرار لا لفرار من الميراث، وإن قبلت ابن زوجها لشهوة خرج فيه وجهان

(أحدهما) يفسخ نكاحها ويرثها إذا كانت مريضة وماتت في عدتها، وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه (والثاني) لا يفسخ النكاح به وهو قول الشافعي رضي الله عنه ولو أن رجلاً زوج ابنة أخيه وهي صغيرة ثم بلغت ففسخت النكاح في مرضها لم يرثها الزوج بغير خلاف لأنه لأن النكاح من أصله غير صحيح في صحيح المذهب وهو قول الشافعي رضي الله عنه، وروى عن أحمد ما يدل على صحته

واحد ورثا جميعاً ميراث ابن حر لأن نصفي شيء، شيء كامل، ثم يقسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما فإذا كان ثلثا أحدهما وثلث الآخر كان ما ورثاه بينهما أثلاثاً فإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما وإن زاد على حر واحد وكان الحران فيها سواء قسم ما يرثانه بينهما بالسوية، وإن اختلفا أعطي كل واحد منهما بقدر ما فيه قال الحنبري قال الأكثرون هذا قياس قول علي رضي الله عنه

(والوجه الثاني) لا تسكن الحرية فيها لأنها لو كملت لم يظهر للرق أثر وكانا في ميراثهما كالحرين وإن كان أحدهما يوجب الآخر فقيـل فيها وجهان والصحيح أن الحرية لا تسكن ههنا لأن الشيء لا يكمل بما يسقطه ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه وورثهم بعضهم بالخطاب وتنزيل الاحوال وحجب بعضهم بعض على مثال تنزيل الخثائي وهو قول أبي يوسف وقد ذكرناه .

﴿مسائل ذلك﴾ (ابن نصفه حر له نصف المال فإن كان معه ابن آخر نصفه حر فلهما المال في أحد الوجهين وفي الآخر لهما نصفه والباقي للعصبة أو لبيت المال إن لم يكن عصبة ويحتمل أن يكون لكل منهما ثلاثة أثمان المال لأنها لو كانا حريين لكان لكل واحد منهما النصف ولو كانا رقيقين لم يكن لهما شيء ولو كان الأكبر حرّاً كان له المال ولا شيء للأصغر، ولو كان الأصغر وحده حرّاً فكذلك، فلكل واحد منهما في الاحوال الأربعة مال ونصف فله ربع ذلك وهو ثلاثة أثمان فإن كان معهما ابن آخر ثلثه حر فعلى الوجه الأول يقسم المال بينهم على ثمانية كما تقسم مسألة المباحلة وعلى الثاني يقسم النصف بينهم على ثمانية، وفيه وجه آخر يقسم الثلث بينهم أثلاثاً ثم يقسم السدس بين

ولها الخيار وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه إلا أن الفسخ لازالة الضرر لا من أجل الفرار فلم يرثها كما لو فسخت المنة نكاحها والله أعلم

(فصل) إذا طلق المريض امرأته ثم نكح أخرى ومات من مرضه في عدة المطلقة ورثناه جميعاً هذا قول أبي حنيفة وأهل العراق وأحد قولي الشافعي رضي الله عنه والقول الآخر لا يرث المبتوتة فيكون الميراث كله لثانية وقال مالك للميراث كله للمطلقة لأن نكاح المريض عنده غير صحيح وجعل بعض أصحابنا فيها وجهاً أن الميراث كله للمطلقة لأنها ترث منه ما كانت ترث قبل طلاقها وهو جميع الميراث فكذلك بعده وليس هذا بصحيح قلنا إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ولو لم يطلقها وتزوج عليها لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات فكذلك إذا طلقها فعلى هذا لو تزوج ثلاثاً في مرضه فليس المطلقة الأربع ميراث الزوجات ولكل واحدة من الزوجات ربه وإن مات بعد انقضاء عدة المطلقة فالميراث للزوجات في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي رضي الله عنه وأبي حنيفة وأصحابه والرواية الأخرى أن الميراث للأربع وعند مالك الميراث كله للمطلقة وإن كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثلاثاً في مرضه ثم نكح أخرى في عدة المطلقة أو طلق امرأة واحدة ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها فالنكاح

صاحبي النصفين نصفين وعلى تنزيل الاحوال يحتمل أن يكون لكل واحد من نصفه حر سدس المال وثمنه، ولمن ثلثه حر ثلثا ذلك وهو تسع المال ونصف سدسه لأن لكل واحد المال في حال ونصفه في حالين وثلثه في حال فيكون له مالان وثلث في ثمانية أحوال فيعطيه من ذلك وهو سدس ومن يعطى من ثلثيه، وهو تسع المال ونصف سدسه ابن حر وابن نصفه حر المال بينهما على ثلاثة على الوجه الاول وعلى الثاني النصف بينهما نصفان والباقي للحر فيكون للحر ثلاثة أرباع وللآخر الربع ولو زلتهما بالاحوال أففى إلى هذا لأن للحر المال في حال والنصف في حال فلهما نصفهما وهو ثلاثة أرباع وللآخر نصفه في حال فله نصف ذلك وهو الربع ولو خاطبتهما لقات للحر : لك المال، لو كان أخوك رقيقاً ونصفه لو كان حراً فقد حجبت بحريته عن النصف فنصفها يحجبك عن الربع يبقى لك ثلاثة أرباع، ويقال للآخر لك النصف لو كنت حراً فإذا كان نصفك حراً فلك نصفه وهو الربع ابن ثلثاه حر وابن ثلثه حر على الاول المال بينهما أثلاثاً وعلى الثاني اثنتان بينهما وللآخر ثلث فيكون له النصف وللآخر السدس وقيل الثلثان بينهما أثلاثاً فانا بالخطاب نقول لمن ثلثاه حر لو كنت وحدك حراً كان لك المال، ولو كنتما حرين كان لك النصف فقد حجبت بحريته عن النصف فبثنتها يحجبك عن السدس يبقى لك خمسة أسداس لو كنت حراً فلك بثنائي حرية خمسة أنساع، ويقال للآخر يحجبك أخوك بثنائي حرية عن ثلثي النصف وهو الثلث يبقى لك الثلثان فله بثلث حرية ثلث ذلك وهو التسعان ويبقى التسعان لمصيبة إن كان أو ذي رحم وإلا لميت المال ابن حر وبنت نصفها حر لابن خمسة أسداس المال وللبنت سدسه في الخطاب والتزيل جميعاً ومن جمع الحرية أففى قوله إلى أن له

باطل والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الا واثل وهذا قول أبي حنيفة ومالك، وقال الشافعي رضي الله عنه النكاح صحيح والميراث الجديدة مع باقي النكوحات دون المطلقة ويجيء على قوله القديم وجهان (أحدهما) أن يكون الميراث بين المطلقة وباقي الزوجات كقول الجمهور ولا شيء للنكوح (والثاني) أن يكون بينهما على خمسة لكل واحدة منهن خمسة فان مات بعد انقضاء عدة المطلقة ففي ميراثها روايتان (إحدهما) لا ميراث لها فيكون الميراث لباقي الزوجات وهو قول أبي حنيفة وأهل العراق (والثانية) ترث معهن ولا شيء للنكوحه وقال الشافعي رضي الله عنه الميراث للنكوحات كاهن ولا شيء للمطلقة وإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها وهل ترث المطلقة على روايتين (أحدهما) لا ترث وهو ظاهر كلام أحمد لأنه قال يلزم من قال يصح النكاح في العدة ان يرث ثمان نسوة وان يرثه أختان فيكون مسلم يرثه ثمان نسوة وأختان وترث المطلقات بعد العدة يلزم منه هذا أو حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن فيكون منكراً له غير قائل به فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة والرواية الثانية ترث المطلقة فيخرج فيه وجهان (أحدهما) يكون الميراث بين الخمس (والثاني) يكون المطلقة والنكوحات الا واثل دون الجديدة لأن المريض ممنوع من أن يحررهن ميراثهن

أربعة أخماس المال ولها الخمس فان كانت البنت حر والابن نصفه حر وعصبة فللابن الثلث ولها ربيع وسدس ومن جمع الحرية فيها جمل المال بينهما نصفين، ابن وبنت نصفهما حر وعصبة فنجمع الحرية فتلاثة أرباع المال بينهما على ثلاثة وقال بعض البصريين النصف بينهما على ثلاثة ومن ورث بالتزويل والاحوال قال الابن المال في حال وثلاثه في حال فله ربع ذلك ربع وسدس وللبنت نصف ذلك ثمن ونصف سدس والباقي للعصبة، وان شئت قلت ان قدرناهما حريين فهي من ثلاثة وان قدرنا البنت وحدها حرة فهي من اثنين وإن قدرنا الابن وحده حراً فالمال له وإن قدرناهما رقيقين فالمال للعصبة فتضرب الاثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في أربعة أحوال تكن أربعة وعشرين فللابن المال في حال ستة وثلاثه في حال أربعة صار له عشرة وللبنت النصف في حال خمسة وللعصبة المال في حال ونصفه في حال تسعة فان لم تكن عصبة جابت للبنت في حال حريتها المال كله بالفرض والرد فيكون لها مال وثلث فيجعل لها ربع ذلك وهو الثلث وإن كان معها امرأة وأم حرة كانت الحرية فيها فحجبها الام إلى السدس والمرأة إلى الثمن لان كل واحد منهما لو انفرد لحجب نصف الحجب فاذا اجتمعا اجتمع الحجب ومن ورث بالاحوال والتزويل قال للام السدس في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو سدس وثلث ثمن والمرأة الثمن في ثلاثة أحوال والربع في حال فلها ربع ذلك وهو الثمن وربع الثمن وللابن الباقي في حال وثلاثه في حال فله ربه وللبنت ثلث الباقي في حال والنصف في حال فلها ربه وإن لم يكن في المسئلة عصبة فللبنت بالفرض والرد أحد وعشرون من اثنين وثلاثين مكان النصف وللأم سبعة مكان سدس وتصح المسئلة إذا لم يكن فيها رد بالبسط من مائتين

بالطلاق فكذلك يمنع من تنقيصهن منه وكلا الوجهين بعيد اما احدهما فيرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته بغير نص ولا اجماع ولا قياس على صورة مخصوصة من النص في معناه وأما الآخر فلان الله تعالى لم يبح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الاختين فلا يجوز أن يجتمعن في ميراثه بل زوجية وعلى هذا لو طلق أربعة في مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعة سواهن ثم مات من مرضه فعلى الاول ترثه المنكوحات دون المطلقات وعلى الثاني يكون فيه وجهان (أحدهما) أن الميراث كله للمطلقات وعلى الثاني هو بين الثمان وقال مالك الميراث للمطلقات ولا شيء للمنكوحات لان نكاحهن غير صحيح عنده وان صح من مرضه فتزوج أربعة في صحته ثم مات فالميراث لمن في قول الجمهور ولا شيء للمطلقات في قول مالك ومن وافقه وكذلك ان تزوجت المطلقات لم يرثن شيئا الا في قوله وقول من وافقه ولو طلق أربعة بعد دخوله بهن ثلاثي في مرضه وقال قد اخبرني بانقضاء عدتهن فكذبته فله ان ينكح أربعة سواهن اذا كان ذلك في مدة يمكن اقضاء العدة فيها ولا يقبل قوله علي بن في حرمان الميراث وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي اذا كان بعد أربعة أشهر ، وقال زفر لا يجوز له التزوج أيضا ولا لاول أصح لان هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى لاحق لمن فيه قبل قوله فيه فعلى هذا ان تروج أربعة في عقد واحد ثم مات ورثه المطلقات دون المنكوحات الا أن يثبت قبله فيكون الميراث للمنكوحات ، وان أقرن بانقضاء عدتهن وقتنا لميراث لمن بعد انقضاء العدة فالميراث للمنكوحات أيضا ، وان مات

وثمانية وثمانين سهماً للام منها ستون للمرأة خمسة وأربعون وللأبن خمسة وثلاثون وللبنت ثلاثة وخمسون والباقي للعصبة وقياس قول من جمع الحرية في الحجب أن يجمع الحرية في التوريث فيكون لها ثلاثة أرباع الباقي وقال ابن اللبان لها سبعة عشر من ثمانية وأربعين لانهما لو كانا حريين لكان لهما سبعة عشر من أربعة وعشرين فيكون لهما بنصف حريتهما نصف ذلك وهذا غلط لانه جعل حجب كل واحد منهما لصاحبه بنصف حريته كحجيها اياه بجميعها ولو ضاع ذلك لكان لهما حال انفراهما النصف بينهما من غير زيادة ، ابن وأبو ان نصف كل واحد منهما حران قدرناهم أحراراً فللأبن الثلثان وإن قدرناه حرّاً وحده فله المال وإن قدرنا معه أحداً لا يوين حرّاً فله خمسة أسداس فيجمع ذلك تجده ثلاثة أموال وثلاثا فله ثمنها وهو ربع وسدس وللاب المال في حال وثلاثا في حال وسدس في حالين فله ثمن ذلك ربع وللام الثلث في حالين والسدس في حالين فلها الثمن والباقي للعصبة وان عملتها بالبسط قلت ان قدرناهم أحراراً فهي من ستة وان قدرنا الابن وحده حرّاً فهي من سهم وكذلك الاب وان قدرنا الام وحدها حرة وقدرناها مع حرية الاب فهي من ثلاثة وان قدرنا الابن مع الاب او مع الام فهي من ستة وان قدرناهم رقيقاً فالللعصبة وجميع المسائل تدخل في ستة فتضربها في الاحوال وهي ثمانية تكن ثمانية واربعين للابن المال في حال ستة وثلاثا في حال أربعة وخمسة أسداسه في حالين عشرة فذلك عشرون سهماً من ثمانية واربعين وللاب المال في حال ستة وثلاثا في حال أربعة وسدس في حالين

منهن ثلاث فالميراث لباقية ، وان مات منهن واحدة ومن المنكوحات واحدة أو اثنتان أو مات من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات واحدة فالميراث لباقي المطلقات وان مات من المطلقات واحدة ومن المنكوحات ثلاثاً أو من المطلقات اثنتان ومن المنكوحات اثنتان أو من المطلقات ثلاث ومن المنكوحات واحدة فالميراث بين البواقي من المطلقات والمنكوحات معاً لانه لو استأنف العقد على الباقيات من الجميع جاز فكان صحيحاً ، وان تزوج المنكوحات في أربع عقود فمات من المطلقات واحدة ورثت مكانها الاولى من المنكوحات ، وان مات اثنتان ورثت الاولى والثانية وان مات ثلاث ورثت الاولى والثانية والثالثة من المنكوحات مع من بقي من المطلقات وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي . وأما زفر فلا يرى صحة نكاح المنكوحات حتى يصدق المطلقات . وأما الشافعي رضي الله عنه فيباح عنده التزويج في عدة المطلقات ، فلي قوله اذا طلق أربما ونكح أربما في عقد وعقد ثم مات من مرضه فالميراث للمنكوحات وعلى قوله القديم يخرج فيه وجهان :

(أحدهما) أن الميراث بين الثمان (والثاني) أن الميراث للمطلقات دون المنكوحات فان مات بعض المطلقات أو انتضت عدتهن فلامنكوحات ميراث الميتات ، وان ماتت واحدة فلا زوجات ربح ميراث النساء ، وان ماتت اثنتان فلا زوجات نصف الميراث ، فان مات ثلاث فلهن ثلاثة أرباع الميراث اذا كان نكاحهن في عقد واحد ، وان كان في عقود متفرقة فاذا ماتت واحدة من المطلقات فميراثها الاولى من المنكوحات وميراث الثانية والثالثة لثانيتها وميراث الثالثة لثانيتها

وذلك اثنا عشر وللام الثلث في حالين والسدس في حالين وذلك ستة وهي الثمن وان كان ثلث كل واحد منها حراً زدت على الست نصفها تصير تسعة وتضربها في الثمانية تكن اثنين وسبعين فللابن عشرون من اثنين وسبعين وهي السدس والتسع وللأب اثنا عشر وهي السدس وللام ستة وهي نصف السدس ولم تغير سهامهم وأما صارت منسوبة الى اثنين وسبعين وان كان ربع كل واحد منهم حراً زدت على الستة مثلها وقيل فيما اذا كان نصف كل واحد منهم حراً للام الثمن وللأب الربع وللأب النصف ابن نصفه حر وام حرة للام الربع وللأب النصف وقيل له ثلاثة أمان وهو نصف ما يبقى فان كان بدل الام اختاً حرة فلها النصف وقيل لها نصف الباقي لان الابن يحجبها بنصفه عن نصف فرضها فان كان نصفها حراً فلها الثمن على هذا القول وعلى الاول لها الربع فان كان مع الابن اخت من أم أو أخ من أم فلكل واحد منها نصف السدس وان كان معه عصبه حر فله الباقي كله

(فصل) ابن نصفه حر وابن ابن حر المال بينهما نصفين في قول الجميع الا الثوري قال لابن الابن الربع لانه محبوب بنصف الابن عن الربع فان كان نصف الثاني حراً فله الربع وان كان معها ابن ابن ابن نصفه حر فله الثمن وقيل للأب النصف وللتاني النصف لان فيهما حرية ابن وهذا قول أبي بكر وقال سفيان لاشيء للتاني والثالث لان ما فيهما من الحرية محبوب بجملة الابن فان كان معهم اخ

(فصل) إذا قال الرجل لنسائه احدا كن طالق يعني واحدة بعينها طلقت وحدها ورجع الى تعيينه ويؤخذ بنفقتهن كلهن الى أن تعين ، وإن كان الطلاق بائنا منع منهن الى أن يعين فان قال أردت هذه طلقت وحدها وان قال لم أرد هؤلاء الثلاث طلقت الرابعة ، وان عاد فقال أخطأت انما أردت هذه طلقت الاخرى وان متن او احداهن قبل أن يبين رجوعه الى قوله فمن أقر بطلاقها حرمتها ميراثها وأحلفناه لورثة من لم يعينها وهذا قول الشافعي رضي الله عنه ، وان لم نعني بذلك واحدة بعينها أو مات قبل التعيين أخرجت بالفرقة ، وكذلك ان طلق واحدة من نسائه بعينها فأنسيها فمات أخرجت بالفرقة فمن تقع عليها الفرقة فلا ميراث لها . روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول أبي ثور . وروى عطاء عن ابن عباس أن رجلا سأل قال ان لي ثلاث نسوة واني طلقت احداهن فثبتت طلاقها فقال ابن عباس رضي الله عنه إن كنت نويت واحدة منهن بعينها ثم أنسيتها فقد اشتركت في الطلاق ، وإن لم تكن نويت واحدة بعينها فطلق أيتها شئت

وقال الشافعي رضي الله عنه وأهل العراق يرجع الى تعيينه في المسائل كلها فان وطئ احداهن كان تعيينا لها بالنكاح في قول أهل العراق وبعض أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وقال الشافعي لا يكون تعيينا فان مات قبل أن يبين فالمرث يبين كلهن في قول أهل العراق ، وقال مالك يطلقهن كلهن ولا ميراث لهن ، وقال الشافعي رضي الله عنه يوقف ميراثهن ، وإن كان الطلاق قبل الدخول دفع الى

حر أو غيره من المصبات فله الباقي وان كان نصفه حراً فله نصف ما بقي الا على الوجهين الآخرين ابن نصفه حر وابن ابن ثلثه حر واخ ثلاثة أرباعه حر للابن النصف وللثاني ثلث الباقي وهو السدس وللأخ ثلاثة أرباع الباقي وهو الربع وعلى القول الآخر للابن النصف ولابن الابن الثلث والباقي للأخ ثلاثة أخوة مفترقين نصف كل واحد حر للأخ من الام نصف السدس وللأخ من الابوين نصف الباقي وللأخ من الاب نصف الباقي وتصح من ثمانية وأربعين للأخ من الام أربعة وللأخ من الابوين اثنان وعشرون وللأخ من الاب احد عشر وعلى القول الآخر للأخ من الام نصف سدس وللأخ من الابوين النصف وللأخ من الاب ما بقي فان كان معهم بنت حرة فلها النصف ولا شيء للأخ من الام وللأخ من الابوين الربع وللأخ من الاب الثمن والباقي للعصبة وعلى القول الآخر الباقي للأخ من الابوين وحده فان كان نصف البنت حراً فلها الربع وللأخ من الام ربع السدس وللأخ من الابوين نصف الباقي وللأخ من الاب الباقي

(فصل) بنت نصفها حر لها الربع والباقي للعصبة فان لم يكن عصبة فلها النصف بالفرض والرد والباقي لذي الرحم فان لم يكن فليت المال فان كان معها ام حرة فلها الربع لان البنت الحرة تحجبها عن السدس فنصفها يحجبها عن نصفه وان كان معها امرأة فلها الثمن ونصف الثمن وان كان معها اخ ن ام فله نصف السدس فان كان معها بنت ابن فلها الثلث لأنها لو كانت كلها رقيقة لمكان لبنت

كل واحدة نصف مهر ووقف الباقي في مهورهن ، وقال دأود يبطل حكم طلاقهن لموضع الجهالة لكل واحدة مهر كامل والميراث بينهما ، وإن متن قبله طالت الآخرة في قول أهل العراق ، وقال الشافعي رضي الله عنه يرجع إلى تعيينه على ما ذكرناه

ولنا قول علي رضي الله عنه ولا يعارضه قول ابن عباس لأن ابن عباس يعترف لعلي بتقديم قوله فإنه قال إذا ثبت لنا عن علي قول لم نعد إلى غيره ، وقال ماعلي إلى علم علي إلا كالقرارة إلى المنعبر ولأنه إزالة ملك عن الآدمي فتستعمل فيه القرعة عند الاشتباه كالعتق وقد يثبت ذلك في العتق بخبر عمران بن الحصين ولأن الحقوق تساوت على وجه تميز تعيين المستحق فيه من غير قرعة فينبغي أن تستعمل فيه القرعة ، كالقسمة في السفر بين النساء ، فأما قسم الميراث بين الجميع ففيه دفع إلى أحدهما مالا يستحقه وتنقيص بعضه حقاً يقينا والوقف إلى غير غاية تضييع لحقوقهن وحرمان الجميع منع الحق عن صاحبه يقينا ، ولو كان له امرأتان فطلق أحدهما ثم ماتت أحدهما ثم أتت أقروع بينهما فن وقعت عليها قرعة الطلاق لم يرهما إن كانت الميتة ولم تره إن كانت الأخرى ، وفي قول أهل العراق يرث الأول ولا ترث الأخرى ولا شافعي قولان (أحدهما) يرجع إلى تعيين الوارث ، فإن قل طلق الميتة لم يرهما وورثته الميتة وإن قال طلق الميتة حلف على ذلك وأخذ ميراث الميتة ولم تورث الميتة (والثاني) يوقف من مال الميتة ميراث الزوج ومن مال الزوج ميراث الميتة . وإن كان له امرأتان قد دخل بأحدهما دون الأخرى وطلق أحدهما لا بعينها فن خرجت لها القرعة لها حكم الطلاق وللأخرى حكم الزوجية وإنك أهل العراق المدخول بها ثلاثاً أرباع الميراث إن ماتت في عدتها وللأخرى ربعها لأن المدخول بها نصفه يميز والنصف الآخر يتداعيان فيكون بينهما ، وفي قول الشافعي النصف للمدخول بها والثاني موقوف وإن كانتا مدخولاً بهما فقال في مرضه أردت هذه ثم ماتت في عدتها لم يقبل قوله لأن الإفراق بالطلاق في المرض كالطلاق فيه ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال زفر يقبل قوله والميراث للأخرى وهو قياس قول الشافعي ، ولو كان للمريض امرأة أخرى سوى هاتين فلها نصف الميراث والثنتين نصفه وفي قول الشافعي نصفه موقوف

(فصل) ولو كان له أربع نسوة فطلق أحدهن غير معينة ثم نكح خامسة بعد انقضاء عدتها ثم مات لم يبين فلا خامسة ربع الميراث والمهر ويقرع بين الأربع ، وقال أهل العراق لمن ثلاثاً أرباع الميراث بينهما الابن النصف ولو كانت حرة لكان لها السدس فقد حجبتها حريتها عن الثلث فنصفها بحجبتها عن السدس وكل من ذكرنا إذا كان نصفه حراً فله نصف ماله في الحرية فإن كان ثلثه حراً فله ثلثه فإن كان معها بنت أخرى حرة فلها ربع المال وثلثه بينهما على ثلاثة عند من جمع الحرية فيهما لأن لهما بحرية نصفاً ونصف حرية نصف كمال الثنتين وفي الخطاب والتنزيل للحررة ربع وسدس والأخرى سدس لأن نصف أحدهما يحجب الأخرى الحرة عن نصف السدس فيبقى لها ربع وسدس والحررة تحجبها عن سدس كامل فيبقى لها سدس فإن كان نصفها رقيقاً ومعهما عسبة فلها ربع المال وسدسه بينهما

وان كن غير مدخول بين فلين ثلاثة مهر ونصف ، وفي قول الشافعي يوقف ثلاثة أرباع الميراث ومهر ونصف بين الأربع ، فان جاءت واحدة تطالب ميراثها لم تعط شيئا ، وان طلبه اثنتان دفع اليهما ربع الميراث ، وان طلبه ثلاث دفع اليهن نصفه وان طلبه الأربع دفع اليهن ، ولو قال بعد نكاح الخامسة احدا كن طالق فعلى قولهم للخامسة ربع الميراث لانها تتركبة ثلاث وبقية بين الأربع كالأولى والخامسة سبعة أثمان مهر لان العالاق نقصها وثلاثا مهرا نصف مهر ويبقى للأربع ثلاثة وثمان يدين في قول أهل العراق ، فان تزوج بعد ذلك سادسة فلها ربع الميراث ومهر كاللخامسة ربع ما بقي وسبعة أثمان مهر والأربع ما بقي وثلاثة مهر وثمان ويكون الربع مائة وما على أربعة وستين ، فان قال بعد ذلك احدا كن طالق لم يختلف الميراث ولكن تختلف المهور فلا اذعة سبعة أثمان مهر ولخامسة خمسة وعشرون جزءا من اثنين وثلاثين من مهر ويبقى للأربع مهران وسبعة وعشرون جزءا من مهر وعند الشافعي يوقف ربع الميراث بين الست وربع آخر بين الخمس وبقية بين الأربع ويوقف نصف مهر بين الست ونصف بين الخمس ونصف بين الأربع ويدفع الى كل واحدة نصف^(١)

(١) في نسخة نصيب

(باب الاشتراك في الطهر)

إذا وطئ رجلان امرأة في طهر واحد وطأ يلحق النسب من مثله فانت بولديها أن يكون منهما مثل أن يطأ الشريكان جاريتهما المشتركة أو بطأ الانسان جاريتة ثم يبيعها قبل أن يستبرئها فيطؤها المشتري قبل استبرائها أو بطؤها رجلان بشبهة ، أو يطلق رجل امرأته فيزوجها غيره في عدتها ويطؤها ، أو يطأ انسان جارية آخر أو امرأته بشبهة في الطهر الذي وطئها فيه سيدها أو زوجها ثم تأتي بولد يمكن أن يكون منهما فانه يرى القانة معها وهذا قول عطاء ومالك والليث والارزاعي والشافعي وأبي ثور فان ألحقته بأحدهما لحق به وان نفته عن أحدهما لحق بالآخر وسواء ادعيها أو لم يدعيها أو ادعاه أحدهما وأنكره الآخر ، وان ألحقته القانة بهما لحقها وكان بينهما وهذا قول الارزاعي والثوري وأبي ثور ورواه بعض أصحاب مالك عنه وقال مالك لا يرى ولد الحرة للقافة بل يكون لأصاحب الفراش الصحيح دون الواطئ ، بشبهة وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد فان ألحقته القافة بأكثر من واحد كن بمنزلة أن لا يوجد قافة ومتى

لانهما لو كانتا حرتين لكان لهما اثنتان ولو كانت الكبرى وحدها حرة كان لها النصف وكذلك الصغرى ولو كانتا امتين كانت المسال للعصبة فقد كان لهما مال وثلثان فلهما ربع ذلك وهو ربع وسدس ، وطريقها بالبسط ان تقول لو كانتا حرتين فانسئله من ثلاثة ولو كانت الكبرى وحدها حرة فهي من اثنين وكذلك اذا كانت الصغرى وحدها حرة وان كانتا امتين فهي من سهم فتضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة ثم في الاحوال الاربعة تكن اربعة وعشرين للكبرى نصف المال في حال ثلاثة وثلاثة في حال سهمان صار لها خمسة من اربعة وعشرين والاخرى مثل ذلك وللعبسة

لم يوجد قاتلة أو أشكل عليها أو اختلف القاتلان في نسبها فقال أبو بكر بضم نسيبه ولا حكم لاختياره ويبقى على الجهالة أبدآ وهو قول مالك وقال ابن حامد يترك حتى يبايع ينتسب إلى أحدهما وهو قول الشافعي الجديد وقال في القديم يترك حتى يميز وذلك لسبع أو ثمان فينسب إلى أحدهما ونفقة عليهما إلى أن ينتسب إلى أحدهما فيرجع الآخر عليه بما أفق، وإذا ادعى الاقبط ثنان أدري القافة معهما، وإن مات الرجلان أدري القافة مع عصبتهما، وإن ادعاه القافة وله ولد أدري ولده القافة مع المدعين، ولو مات الرجلان أدري القافة مع عصبتهما، وإن ادعاه أكثر من اثنين فالحققة القافة بهم لحق وقد نص أحمد على أنه يلحق بثلاثة ومقتضى هذا أنه يلحق بهم وإن كثروا، وقال القاضي لا يلحق بأكثر من ثلاثة وهو قول محمد بن الحسن وروى عن أبي يوسف وقال ابن حامد لا يلحق بأكثر من اثنين. وروى أيضا عن أبي يوسف، وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وشريك ويحيى بن آدم لا حكم للقافة بل إذا سبق أحدهما بالدعوى فهو ابنه فإن ادعياه معا فهو ابنهما، وكذلك إن كثروا طائون وادعوه معا فانه يكون لهم جميعا

وروي عن علي رضي الله عنه أنه قفي في ذلك بالقرعة واليمين، وبه قال ابن أبي ليلى وإسحاق وعن أحمد نحوه إذا عدت القافة وقد ذكرنا أكثر هذه المسائل مشروحة مدلولها عليها في مواضعها والفرض ههنا ذكر ميراث المدعي والتورث منه وبيان مسائله

(مسئلة) إذا ألحق باثنين فمات وترك أمه حرة فلها الثلث والباقي لهما، فإن كان لكل واحد منهما ابن سواء أولأحدهما ابنان فلامه السدس، فإن مات أحد الابنين وله ابن آخر فماله بينهما نصفين، فإن مات الغلام بعد ذلك فلامه السدس والباقي لباقي من أبويه ولا شيء لآخرته لانهما محبوبان بالاب الباقي، فإن كان الغلام ترك ابنا فالباقي من الابوين السدس والباقي لابنه، وإن مات قبل أبويه وترك ابنا فلهما جميعا السدس والباقي لابنه، فإن كان لكل واحد منهما أبوين ثم ماتا ثم ماتت أمهم وله جدة أم أم وابن فلام أمه نصف السدس ولا شيء للمدعين نصفه كأنهما جدة واحدة ولجدين السدس والباقي للابن فإن لم يكن ابن فالجدين اثلاث لانهما بمنزلة جد واحد والباقي للاخوين وعند أبي حنيفة الباقي كله للجدين لان الجد يسقط للاخوة، وإن كان للمدعيان اخوين والمدعى جارية فماتا وخلفا أباهما فلهما مال كل واحد نصفه والباقي للاب فان مات الاب بعد ذلك فلهما النصف لهما بنت ابن.

المال في حال والنصف في حالين واثنتان في حال وذلك أربعة عشر سهما من أربعة وعشرين سهما ومن جمع الحرية فيهما جعل لهما النصف والباقي للعصبة فإذا لم تكن عصبة نزلت لهما على تقدير الرديف يكون حكمهما حكم اثنين نصف كل واحد منهما حر على ما بيناه. ثلاث بنات ابن تنازلات نصف كل واحدة حر وعصبة للأولى الربع وللثانية السدس لانها لو كانت حرة كان لها الثلث وللثالثة نصف السدس في قول البصريين لانيك نقول للسفلي لو كانتا أميتين كان لك النصف ولو كانت احدهما حرة كان لك

وحكي الخبر عن أحمد وزفر وابن أبي زائدة أنهما اثنان لهما بنت ابنته فلها ميراث بنتي ابن وإن كان المدعي ابناً فأتى أبواه ولأحدهما بنت ثم مات أبوهما فميراثه بين الغلام والبنت على ثلاثة وعلى القول الآخر على خمسة لأن الغلام يضرب بنصيب ابني ابن ، وإن كان لكل واحد منهما بنت فللغلام من مال كل واحد منهما ثلثاه وله من مال جده نصفه ، وعلى القول الآخر له ثلثاه ولهما سدسهما وإن كان المدعيان رجلاً وعمه والمدعي جارية فأتا وخلفا أبويهما ثم مات أبو الأصغر فلها النصف والباقي لابني العم لأنه أبوه ، وإذا مات أبو العم فلها النصف من ماله أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان لأنها بنت ابن وبنت ابن ابن ، وإن كان المدعي رجلاً وابنته فأتى الابن فلها نصف ماله ، وإذا مات الأب فلها النصف أيضاً وعلى القول الآخر لها الثلثان ، وقال أبو حنيفة إذا تداعى الأب وابنته قدم الأب ولم يكن لابن شيء ، وإن مات الأب أولاً فباين ابنته وبينها على ثلاثة ثم تأخذ نصف مال الأصغر لكونها بنته وباقيها لأنها أخته ، وفي كل ذلك إذا لم يثبت نسب المدعي وقف نصيبه ودفع إلى كل وارث الباقين ووقف الباقي حتى يثبت نسبه أو يخطأ الحواء فلو كان المدعون ثلاثة فمات أحدهم وترك ابناً أو الغلام مات الثاني وترك ابناً والباقيين ثم مات الثالث وترك ابناً أو عشر بنين أو ترك أربعة آلاف وأربعة عشر ألفاً وقد ألحقته القافة بهم فقد ترك خمسة عشر ألفاً وخمسة مائة فللأمه سدسها والباقي بين أخوة الثلاثة أثلاثاً ، وإن كان موتهم قبل ثبوت نسبه دفع إلى الأم ثلث تركته وهو ألف وخمسمائة لأن أدنى الأحوال أن يكون ابن صاحب ألف فيرث منه خمسمائة ، وقد كان وقف له من مال كل واحد من المدعين نصف ماله فيرد إلى ابن صاحب ألف وابن صاحب الألفين ما وقف من مال أبويهما لأنه لم يكن أحدهما فذلك لهما من أبويهما ، وإن كان أحدهما فهو يستحق ذلك وأكثر منه بآثره منه ويرد على ابن الثالث تسعة آلاف وثلث ألف ويبقى ثلث ألف موقوفة بينه وبين الأم لأنه يحتمل أن يكون أخاه فيكون قد مات عن أربعة عشر ألفاً وله ثلثها ويبقى من مال الابن ألفان وخمسمائة موقوفة يدعيها ابن صاحب ألف كلها ويدعي منها ابن صاحب الألفين ألفين وثلثا فيكون ذلك موقوفاً بينهما وبين الأم وسدس الألف بين الأم وابن صاحب ألف ، فإن ادعى أخوان ابناً ولها أب فمات أحدهما وخلف بنتاً ثم مات الآخر قبل ثبوت نسب المدعي وقف من مال الأول خمسة أسباع منها تسعان بين الغلام والبنت وثلثه أسباع بينه وبين الأب ويوقف من مال الثاني

السدس فقصصهما ثلث فتجب لك العليا عن ربع والثانية عن نصف سدس فيبقى لك سدس لو كنت حرة فإذا كان نصفك حراً كان لك نصفه ، وفي التزويج لثلاثة نصف الثمن وثلثه وذلك لا تناولز لنا كل واحدة حرة وحدها كان لها النصف ، فهذه ثلاثة أحوال من اثنين اثنين ، ولو كن أماء كان المال للعصبة ولو كن أحراراً كان للأولى النصف وللثانية السدس والثلث للعصبة ، ولو كانت الأولى والثانية حرتين فكذلك ولو كانت الثانية والثالثة حرتين فللثانية النصف وللثالثة السدس والثلث للعصبة فهذه أربعة أحوال من ستة ستة ، والمسائل كلها تدخل فيها فتضربها في ثمانية أحوال تكن ثمانية وأربعين للعليا النصف في أربعة

خمس أسداس بينه وبين الاب، فإن مات الاب بعدهما وخلف بنتا فلها نصف ماله ونصف ماورثه عن ابنته والباقي بين الغلام وبنت الابن لانه ابن ابنته يقرن ويدفع إلى كل واحد منهم من الموقوف اليقين ويوقف الباقي فتقدره مرة ابن صاحب البنت ومرة ابن الآخر وتنظر ماله من كل واحد منهم في الحالين فتمليه أقلهما، ففلازم في حال الموقوف من مال الثاني وخمس الموقوف من مال الاول وفي حال كل الموقوف من مال الاول وثلاث الموقوف من الثاني فله أقلهما ماورثت الميت الاول في حال النصف من مال أبيها، وفي حال السدس من مال عمها، وبنت الاب في حال نصف الموقوف من مال الثاني وفي حال ثلاثة أعشاره من مال الاول فتدفع اليها أقلهما ويبقى باقي التركة موقوفة بينهم حتى يصطلحوا عليه، ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعوى، ومتى اختلف أجناس التركة ولم يصبر بعضهم قصاصا عن بعض قومت وعمل في قيمتها على ما بينا في الدرهم ان تراضوا على ذلك أو يبيع الحاكم عليهم ليصبر الحق كله من جنس واحد لما فيه من الصلاح لهم ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصالح، ولو ادعى اثنان غلاما فألحقته القافة بهما ثم مات أحدهما وترك لنا وبنتا وعمام مات الآخر وترك الغين وابن ابن ثم مات الغلام وترك ثلاثة آلاف وأما كان لبنت من تركه أبيها ثلثها وفلازم ثلثها وتركه الثاني كلها له لانه ابنه فهو أحق من ابن الابن ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي الف فلامه ثلث ذلك ولاخته نصفه وباقي لابن الابن لانه ابن أخيه ولا شيء للعم وإن لم يثبت نسبه فلابنة الاول ثلث آلاف ويوقف ثلثها وجميع تركه الثاني فإذا مات الغلام فلامه من تركه الف وتسعا الف لان أقل أحواله أن يكون ابن الاول فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي الف ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم فيصطلحان عليه لانه لها أما عن صاحبهما أو الغلام ويرد الموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنته لانه له أما عن جده وأما عن عمه وتعطى الام من تركه الغلام الف وتسعي الف لانه أقل ما لها ويبقى الف وسبعة أنساع الف تدعي الام منها أربعة أنساع الف تمام ثلث خمسة آلاف ويدعي منها ابن الابن الف وثلثا تمام ثلثي خمسة آلاف وتدعي البنت والعم جميع الباقي فيكون ذلك موقوفة بينهم حتى يصطلحوا، ولو كان المولود في يدي امرأتين فادعيهما معاري القافة معهما

أحوال اثنا عشر وهي الربع والثانية النصف في حالين والسدس في حالين وهي ثمانية وذلك هو السدس وللثالثة النصف في حال والسدس في حالين وهي خمسة وهي نصف الثمن وثلثه، وقال قوم تجمع الحرية فيهن فيكون منهن حرية ونصف لمن بها ثلث وربع للاولى والثانية ربحان وللثالثة نصف سدس فان كان معهن رابعة كان لها نصف سدس آخر. ثلاث أخوات مفترقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم لتي من قبل الابوين الربع ولتي من قبل الاب السدس ولتي من قبل الام نصف السدس وللأم الثلث لأنها لا تتحجب الا باثنين من الاخوة والاخوات ولم تكمل الحرية اثنتين ولعم ما بقي، وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة فلام الثلث لما ذكرناه وقال الحبري للام

فإن ألحقته بإحدهما لحق بها وورثها وورثته في إحدى الروايات، وإن ألحقته بهما أو فتنه عنهما لم يباحق
بواحدة منهما، وإن قامت لسكل واحدة منهما ينة تعارضنا ولم نسمع بينهما بهذا قال أبو يوسف
والأوزاعي وقال أبو حنيفة يثبت نسبه منهما ويرثانه ميراث أم واحدة كما يباحق برجلين
أولنا أن إحدى البنتين كاذبة يقينا فلم نسمع كما لو علمت ومن ضرورة ردها ردها لعدم العلم بمينها
ولأن هذا محال فلم يثبت بيئته ولا غيرها كما لو كان الولد أكبر منهما، ولو أن امرأة معها صبي ادعاه
رجلان كل واحد يزعم أنه ابنه منها وهي زوجته فكذبتهما لم ياحقهما، وإن صدقت أحدهما لحقه
كما لو كان بالغا فادعياه فصدق أحدهما، ولو أن صبيا مع امرأة فقال زوجها هو ابني أنت غيرك
فقال بل هو ابني منك لحقهما جميعا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الولاء

قال الله تعالى (فإن لم تعلموا آباءهم فاخوانكم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء، وقال النبي ﷺ
« الولاء لمن أعتق » وقال سعيد ثنا سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله
ﷺ عن بيع الولاء وعن هبته . متفق عليهما، وقال النبي ﷺ « لعن الله من تولى غير مواليه »
قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وقال « مولى القوم منهم » حديث صحيح . وروى الحلال

الربع وحجبها بالحر كما يحجب بنصف البنت، والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر بل هو مطلق
في الولد والجزء منه وفي الاخوة مقدر باثنين فلا يثبت بأقل منها ولذلك لم يحجب بالواحد عن شيء أصلا
وهذا قول ابن اللبان وحكى القول الاول عن الشعبي وقال هذا غلط، وفي الباب اختلاف كثير وفروع
فلما تنفق وقل مسئلة تجيء إلا ويمكن عملها بقياس ما ذكرنا

(باب الولاء)

الاصل فيه قوله تعالى (فإن لم تعلموا آباءهم فاخوانهم في الدين ومواليكم) يعني الادعياء وقول
النبي ﷺ « أما الولاء لمن أعتق » متفق عليه وعن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع الولاء وهبته وقال عليه السلام « لعن الله من تولى غير مواليه » قال الترمذي هذا حديث
حسن صحيح وقال صلى الله عليه وسلم « مولى القوم منهم » حديث صحيح، وروى الحلال باسناد
عن ابن أبي أوفى قال قال لي النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمة كلجمة النسب لا يباع ولا يوهب
(مسئلة) (كل من أعتق عبداً أو عتق عليه برحم أو كتابة أو تدبير أو استبلاذ أو وصية

بإسناده عن اسماعيل بن خالد عن عبد الله بن أبي أوفى قال: قال لي النبي ﷺ «الولاء لمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب»

﴿مسئلة﴾ قال (والولاء لمن اعتق وإن اختلف دينها)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة أن له عليه الولاء، والاصل في هذا قول النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» وأجمعوا أيضاً على أن السيد يرث عتيقه اذا مات جميع ماله اذا اتفق دينهما ولم يخلف وارثا سواء وذلك لقول النبي ﷺ «الولاء لمة كلحمة النسب» والنسب يورث به ولا يورث كذلك الولاء

وروى سعيد عن عبد الرحمن بن زياد ثنا شعبة عن الحكم عن عبد الله بن شداد قال: كانت لبنت حمزة مولى أعتقه فمات وترك ابنته ومولاه فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف وأعطى مولاه بنت حمزة النصف. قال وثنا خالد بن عبد الله عن يونس عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ «الميراث للعصبة فان لم يكن عصبة فلامولى» وعنه أن رجلا أعتق عبداً فقال للنبي ﷺ ماترى في ماله؟ قال «إن مات ولم يدع وارثا فهو لك»

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الارحام في قول جمهور العلماء من الصحابة

بعقته فله عليه الولاء وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمه وعلى معتقيه ومعتقي أولاده وأولادهم ومعتقهم أبدا ما تناسلوا)

أجمع أهل العلم على أن من أعتق عبداً أو عتق عليه ولم يعتقه سائبة ولا من ذكاته أو نذره أو كفارته أن له عليه الولاء لقول النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» متفق عليه

(فصل) وإن أعتق حرى حريباً فله عليه الولاء لان الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء وهذا قول عامة أهل العلم الا أهل العراق فانهم قالوا: العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فنسبها اليهم فصح عتقهم كأهل الاسلام واذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الولاء لمن أعتق» فان جاءنا المعتق مسلماً فالولاء بحاله وإن سبي مولى التعمة لم يرث ما دام عبداً فان أعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على عتيقه، وهل يثبت لمعتق السيد ولأهله على معتقه؟ يحتمل أن يثبت لانه مولى مولاه ويحتمل أن لا يثبت لانه ما حصل منه انعام عليه ولا سبب لذلك، فان كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء، وإن أسره مولاه فأعتقه فكذلك فان أسره مولاه وأجنيبي فأعتقه فولأؤه بينهما نصفين فاذا مات بعده المعتق الاول فلشريكه نصف ماله لانه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والاخر لا شيء له لانه لم ينعم عليه، وإن سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل

والتابعين ومن بعدهم فاذا مات رجل وخلف بنته ومولاه فلينته النصف والباقي لمولاه ، وإن خلف ذارحم ومولاه فالمال لمولاه دون ذي رحمه . وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى وعنهما وعن ابن مسعود تقديم ذي الارحام على المولى ولعلمهم يحتجون بقول الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولأنه عصبة يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كابن العم

(فصل) وإن كان المعتق عصبة من نسبه أو ذور فرض تستغرق فروضهم المال فلا شيء للمولى لانعلم في هذا خلافا لما تقدم من الحديث وقول النبي ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما أبت الفروض فلا ولي رجل ذكر » وفي لفظ « فلا ولي عصبة ذكر » والعصبة من القرابة أولى من ذي الولاء لانه مشبه بالقرابة والمشيبه به أقوى من المشبه ولان النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .

(فصل) وإن اختلف دين السيد وعتيقه قالوا لا نعلم فيه خلافا لعدم قول النبي ﷺ « الولاء لمن أعنت » ولقوله « الولاء لحمة كاحدة النسب ولحمة النسب تثبت مع اختلاف الدين وكذلك الولاء » ولان الولاء إنما يثبت له عليه لانعامه باعتاقه وهذا للمعنى ثابت مع اختلاف دينهما ويثبت الولاء للذكر على الانثى والانشى على الذكر والكل معتق لعدم الخبر والمعنى ، ولحديث عبد الله بن شداد، وهل يرث السيد مولاه مع اختلاف الدين فيه روايتان

ولاء الاول وصار الولاء لثاني وهو قول مالك والشافعي وقيل الولاء بينهما واختاره ابن المنذر لانه ليس أحدهما أولى من الآخر وقيل الولاء الاول لانه أسبق

ولنا أن السبي يبطل ملك الحربى الاول قالوا له التابع له أولى ولان الولاء بطل باسترقاقه فلم يعد باعتاقه وان أعنت ذمي عبداً كافراً فهرب الى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعنته الحربى سواء . وان أعنت مسلم كافراً فهرب الى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لان في استرقاقه ابطال ولاء المسلم المعصوم قال ابن اللبان ولان له أماناً بعنت المسلم إياه .

قال شيخنا والصحيح إن شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كمعتق الحربى وكغير المعتق ، وقولهم في استرقاقه ابطال ولاء المسلم قلنا لا نسلم بل متى اعتق عاد الولاء للاول وانما امتنع عمله في حال رقه لما منع وان سلمنا أن فيه ابطال ولأنه ولو كان ذلك غير ممتنع كما لو قتل بكفره فانه يبطل ولاؤه به فكذلك بالاسترقاق ولان القرابة يبطل عماماً بالاسترقاق فكذلك وقول ابن اللبان له أمان لا يصح فانه لو كان له أمان لم يحز قتله ولا سبيته ، فعلى هذا ان استرقاقه لا يمكن أن يكون الولاء لثاني لان الحكيم اذا تناهى كان الثابت هو الآخر منها كالناسخ والمنسوخ واحتمل أن

(أحدهما) يرثه روي ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال أهل الظاهر واحتج أحمد بقول علي : الولاء شعبة من الرق ، وقال مالك يرث المسلم مولاه النصراني لأنه يصلح له تملكه ولا يرث النصراني مولاه المسلم لأنه لا يصلح له تملكه . وجمهور العلماء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينهما لقول النبي ﷺ لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ولأنه ميراث فيمنعه اختلاف الدين كيراث النسب . ولأن اختلاف الدين مانع من الميراث فمنع الميراث بالولاء . كالقتل والرق ، بحققة أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الأقوى فلا ضعف أولى ، ولأن النبي ﷺ ألحق الولاء بالنسب بقوله «الولاء لمة كاحمة النسب» وكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته كذلك يمنع مع صحة الولاء وثبوته فاذا اجتمعا على الاسلام توارثا كالتناسيب وهذا أصح في الأثر والنظر إن شاء الله تعالى فإن كان السيد عصبة على دين العبد ورثه دون سيده وقال داود لا يرث عصبته مع حياته

ولنا أنه بمنزلة مالو كان الأقرب من العصبة مخالفاً لدين الميت والابن على دينه ورث دون القريب (فصل) وإن أعتق حربي حربياً فله عليه الولاء لأن الولاء مشبه بالنسب والنسب ثابت بين أهل الحرب فكذلك الولاء . وهذا قول عامة أهل العلم إلا أهل العراق قالوا العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح ولو استولد أمته لم تنصر أم ولد مسلماً كان السيد أو ذمياً أو حريباً

يكون للأول لأن ولأيه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك ويحتمل أنه بينهما وأيهما مات كان للثاني وإن أعتق مسلم مسلماً أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبي لم يحز استرقاقه وإن اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه إلا التوبة أو القتل

(مسئلة) (أو عتق عليه برحم)

يعني إذا ملكه فعتق عليه بالملك كان له ولاؤه لأنه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولاؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو ارث أو غنيمة أو غيره لأنهم بين أهل العلم فيه اختلافاً (أو كتابة أو تدبير) يعني إذا كاتبه فأدى إلى مكاتبه وعتق أو عتق بالتدبير فولأؤه لسيدته في قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق .

وحكى ابن سراقه عن عمرو بن دينار وأبي نور أنه لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولاء كما لو اشتراه أجنبي فاعتقه ، وكان قتادة يقول من لم يشترط ولاء المكاتب فلم يكاتب أن يوالي من يشاء وقال مكحول أما المكاتب إذا اشترط ولاء مع رقبته فحائز

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب لأنه يبيعه بماله وماله وكسبه لسيدته فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكأن هو المعتق وهو المعتق للمدبر أيضاً بلا إشكال وقد قال النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» وبدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالى مكاتبهم فيقال أبو سعيد مولى أبي أسيد وسيرين مولى أنس

ولنا أن ملكهم ثابت بدليل قول الله تعالى (وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) فذهبوا اليهم فصح عنهم كأهل الإسلام وإذا صح عنهم ثبت الولاء لهم لقول النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» فان جاءنا المعتق مسلماً قالوا له بحاله ، فان سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً ، فان أعتق فعليه الولاء لمعتقه وله الولاء على معتقه . وهل يثبت لمعتق السيد ولأهله على معتقه ؟ محتمل أن يثبت لأنه مولى مولاه . ومحتمل أن لا يثبت لأنه ما حصل منه إتمام عليه ولا سبب لذلك ، فان كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه برئه بالولاء ، وان أسره مولاه فأعتقه فكذلك ، وان أسره مولاه وأجنبي فأعتقه فولأؤه بينهما نصفين ، فان مات بعده المعتق الأول فلشريكه نصف ماله لأنه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين والآخر لا شيء له لأنه لم ينعم عليه ، وان سبي المعتق فاشتراه رجل فأعتقه بطل ولأهله الأول وصار الولاء لثاني وبهذا قال مالك والشافعي . وقيل الولاء بينهما واختاره ابن المنذر لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر ، وقيل الولاء الأول لأنه أسبق

ولنا أن السبي يبطل ملك الأول الحربي قالوا له التابع له أولى ولأن الولاء بطل باسترقاقه فلم يعد باعناقه ، وإن أعتق ذمي عبداً كافراً فحرب إلى دار الحرب فاسترق فالحكم فيه كالحكم فيها إذا أعتقه الحربي سواء ، وإن أعتق مسلم كافراً فحرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون فذكر أبو بكر والقاضي أنه لا يجوز استرقاقه وهو قول الشافعي لأن في استرقاقه إبطال ولأهله المسلم المعصوم . قال

وسليمان بن يسار مولى ميمونة وكانوا مكاتبين ، وبذل على ذلك حديث بريرة أنها جاءت إلى عائشة فقالت يا أم المؤمنين اني كاتبك أهلي على تسع أواق فأعطيني فقالت عائشة ان شاء واعدت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت ، فأبوا أن يبيعوها الا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ «اشترها واشترطي لهم الولاء» وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشتريها منهم عائشة .

(فصل) وإن اشترى العبد نفسه من سيده بموضع حال عتق والولاء لسيده لأنه يبيع ماله بحاله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لها فكان الولاء له عليها .

﴿ مسألة ﴾ (أو استيلاء أو وصية بعتقه)

يعني إذا عتقت أم الولد بموت سيدها فولأؤها له برثها أقرب عصبته وهذا قول عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال عامة الفقهاء . وقال ابن مسعود تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له ، ونحوه عن ابن عباس وعن علي لا تعتق ما لم يعتقها وله بيعها ، وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ولذكر الدليل على ذلك موضع يذكر إن شاء الله تعالى في بابها ، ولا خلاف بين القائلين بعنقها أن ولأهله لمن عتقت عليه . ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها له لأنها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله وبخس ولاؤها المذكور من عصبه السيد كالمدير والمكاتب .

ابن الابان ولان له أمانا يعتق المسلم إياه . والصحيح ان شاء الله جواز استرقاقه لانه كافر أصلي كتابي فجاز استرقاقه كاعتق الحرابي وكفيع المعتق . وقولهم في استرقاقه إبطال ولأه المسلم . قلنا لا نسلم بل متى أعتق عاد الولاء للارل وانما امتنع عمله في حال رقه لما نهم وان سلمنا ان فيه إبطال ولأه فكذلك في قتله وقد جاز إبطال ولأه بالقتل فكذلك بالاسترقاق ، ولان القرابة يبطل عملها بالاسترقاق فكذلك الولاء . وقول ابن الابان له أمان لا يصح فانه لو كان له أمان لم يجوز قتله ولا سبيته . فعلى هذا ان استرق ثم أعتق احتمل أن يكون الولاء لثاني لان الحكيم اذا تناقيا كان الثابت هو الآخر منها كالناسخ والمنسوخ . واحتمل انه للارل لان ولأه ثبت وهو معصوم فلا يزول بالاستيلاء كحقيقة الملك . ويحتمل انه بينهما وأيهما مات كان لثاني . وان أعتق مسلم مسلما أو أعتقه ذمي فارتد ولحق بدار الحرب فسبى لم يجوز استرقاقه وان اشترى فالشراء باطل ولا يقبل منه الا التوبة أو القتل

(فصل) ولا يصح بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء . روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس ابن معاوية والزهري ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ، وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء . قال سعيد حدثنا جرير عن مغيرة عن إبراهيم قال قال عبد الله إنما الولاء كالنسيب فيبيع الرجل نفسه ؟ وقال حدثنا سفيان عن عمرو بن دينار ان ميمونة وهبت ولأه سليمان بن يسار لابن عباس وكان

(فصل) ومن أوصى أن يعتق عنه بعد موته فأعتق فالولاء له وكذلك إن أوصى به ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لان الاعناق عنه من ماله فان أعتق عنه ما يجب عتقه ككفارة ونحوها ففيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى .

(فصل) ويثبت الولاء للمعتق على المعتق لما ذكرنا وعلى أولاده من زوجة معتقه أو من أمته لانه ولي نعمتهم وعتقهم بسببه ولأنهم فرع والفرع يتبع أصله بشرط أن يكونوا من زوجة معتقه أو من أمته فان كانت أمهم حرة الاصل فلا ولأه على ولأه لأنهم يتبعونها في الحرية والرق فيتبعونها في عدم الولاء إذ ليس عليها ولأه وكذلك إن كان أبوهم حر الاصل إذا لم يمسهم رق ، فان كان قد ثبت ملك فأعتقوا فولأهم لمعتقهم للحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » ويثبت الولاء للمعتق على معنّي معتقته ، ومعنّي أولاده ، ومعنّيهم أبدأ ما تناسلوا ، لانه ولي نعمتهم وبسببه عتقوا فأشبهه ماله بأشهرهم بالمعتق .

﴿ مسألة ﴾ (ويرث به عند عدم العصبية من النسب ، فتي كان للمعتق عصبية أو ذوي فروض تستحق فروضهم المال فلا شيء للمولى)

لا نعلم في هذا خلافاً فان لم يكن له عصبية ولا ذو فرض يرث المال كله فهو للمولى وإن كان ذو الفرض لا يرث جميع المال فالباقي للمولى لما روي الحسن قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

مكاتباً وروي أن ميمونة وهبت ولأه موالياً للعباس وولاً لهم وإن عروة ابتاع ولأه طهمان لورثة مصعب بن الزبير . وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لولائي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال « الولاء لحمة كلهم والنسب » وقال « لمن الله من تولى غير مواليه » ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كالقرابة . وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور وترده السنة فلا يعمل عليه

(فصل) ولا ينتقل الولاء عن المعتق بموته ولا يرثه ورثته وإنما يرثون المال به مع بقائه للمعتق هذا قول الجمهور وروي نحو ذلك عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمر وأبي مسعود البصري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وأبو الزناد وابن نشيط ومالك والثوري والشاذلي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ودارد وشذ شريح وقال : الولاء كالمال يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته . ورواه حنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطهما أبو بكر وهو كمال قال فإن رواية الجماعة عن أحمد مثل قول الجماعة وذلك لقوله عليه السلام « الولاء للمعتق » وقوله « الولاء لحمة كلهم والنسب » والنسب لا يورث وإنما يورث به ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كسائر الأسباب والله تعالى أعلم

« الميراث للعصبة فإن لم يكن عصبة فله مولى » ، وعنه أن رجلاً أعتق عبداً فقال للنبي صلى الله عليه وسلم ما ترى في ماله ؟ قال « إن مات ولم يدع وارثاً فهو لك » ولأن النسب أقوى من الولاء بدليل أنه يتعلق به التحريم والنفقة وسقوط القصاص ورد الشهادة ولا يتعلق ذلك بالولاء .

(مسألة) (ثم يورث به عصبته الأقرب فالأقرب)

وجملة ذلك أن العتيق إذا لم يخلف من نسبه من يرثه كان ماله لمولاه ، فإن كان مولاه ميتاً فهو لأقرب عصبته سواء كان ولداً أو أخاً أو عمّاً أو أباً أو غيره من العصبات ، وسواء كان المعتق ذكراً أو أنثى فإن لم يكن له عصبة من أقاربه كان الميراث لمولاه ثم لعصبته الأقرب فالأقرب ثم لمولاه وكذلك أبداً . روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأبو حنيفة وصاحباؤه ، وروي عن علي رضي الله عنه ما يدل على أن مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابناً وأخاها أو ابن أخها أن ميراث موالها لأخيها وابن أخيها دون ابنها ، وروي عنه الرجوع إلى مثل قول الجماعة ، فروي عن إبراهيم أنه قال اختصم علي والزبير في موالي صفية بنت عبد المطيب فقال علي : أنا أحق بهم أنا أرهم وأعقل عنهم ، وقال الزبير : هم موالي أمي وأنا أرهم ، ففضى عمر لازبير بالميراث والعقل على علي رواه سعيد ورواه أبو معاوية بن عبيدة الضبي عن إبراهيم وقال ثنا هشيم حدثنا الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالي صفية للزبير دون العباس وقضى في أم هانئ بنت أبي

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء فان أخذ من ميراثه شيئاً رده في مثله)

قال أحمد في رواية عبد الله: الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله قولا لا يكون ولاؤه لمولاه قد جعله الله وسلمه عن أبي عمر والشيباني عن عبد الله بن مسعود السائبة يضم ماله حيث شاء. وقال أحمد قال عمر: السائبة والصدقة ليومهما. ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك ولا ولا لي عليك لم يكن له عليه ولا. فان مات وخلف مالا ولم يدع وارثا اشترى بماله رقاب فأعتقوا في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فاعتقهم، وقال عمر بن عبد العزيز والزهرى ومكحول وأبو العالية ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وعن عطاء أنه قال كنا نعلم أنه إذا قال أنت حر سائبة فهو يوالي من شاء وأهل أحمد رحمه الله ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمر والولاء للمعتق وهذا قول النخعي والشافعي وابن سيرين وراشد بن سعد وضمرة بن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق وجعله كلمة النسب فكما لا يزول نسب إنسان ولا ولد عن فراش بشرط لا يزول ولا عن معتق، ولذلك لما أراد أهل بريدة اشتراط ولائها على عائشة قال لها النبي ﷺ «اشترى بها واشترط لي» لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» يعني أن اشتراطهم تحويل الولاء عن المعتق

طالب لابنها جعدة بن هيرة دون علي: وروى الامام بإسناده عن زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وتركها ابناً لها وأخاها ثم توفى مولاهما من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراثه فقال عليه السلام «ميراثه لابن المرأة» فقال أخوها يا رسول الله لو جرح بريدة كانت علي ويكون ميراثه لهذا؟ قال «نعم» وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال المولى أخ في الدين ومولى نعمة يرثه أولى الناس بالمعتق. اذا ثبت هذا فإن المعتق لو خلفت ابناً وأخاها أو ابن أخيهما ثم مات، ولاها فميراثه لابنها، وان مات ابنها بعدها وقبل مولاهما وترك عصبة كاعمامه وبني اعمامه ثم مات العبد وترك أخاً مولاه وعصبة ابنها فميراثه لأخي مولاه لأنه أقرب عصبة للمعتق فان المرأة لو كانت هي الميتة لورثها أخوها وعصبتها، فان انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة ابنها يروى هذا عن علي وبه قال إبان بن عثمان وقيصة بن عثمان وعطاء وطاوس والزهرى وقتادة ومالك والشافعي وأهل العراق، وروى عن علي رواية أخرى أنه لعصبة الابن وروى ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح، وهذا مبني على أن الولاء يورث كما يورث المال وقد روى عن أحمد نحو هذا، واحتجوا بأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده أن رثاب بن حذيفة زوج امرأة فولدت له ثلاثة غلمة فمات أمهم فورثوا عنها ولأمواليها وكان عمرو بن العاص عصبة بنها فأخرجهم إلى الشام فماتوا فقدم عمرو بن العاص ومات مولاه وترك

لا يفيد شيئاً ولا يزبل الولاء عن المعتق، وروى مسلم بإسناده عن هزيل بن شرحبيل قال جاء رجل إلى عبد الله فقال أني اعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثاً فقال عبد الله إن أهل الإسلام لا يسيرون وإن أهل الجاهلية كانوا يسيرون وأنت ولي نعمته فإن تأملت وتخرجت من شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال، وقال سعيد ثنا هشيم ثنا بشر عن عطاء أن طارق بن المرقع اعتق سواثب فماتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر: إن أدفع مال الرجل إلى مولاه فإن قبله والا فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه، وقال ثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالا في ميراث السائبة هو الذي أعتقه وهذا القول أصح في الأثر والنظر، وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان تبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفضل ابن عمر في ميراث معتقه وفعل عمرو ابن مسعود في ميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله، وقد روي أن سالماً مولى أبي حنيفة أعتقه لبنى بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاهما عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد أن خلف السائبة مالا اشتري به رقاب فاعتقوا فإن رجع من ميراثهم شيء اشتري به أيضاً رقاب فاعتقوا، وإن خلف السائبة ذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشتري بباقيه رقاب فاعتقوا ولا يرد على ذي الفرض

(فصل) وإن عتق عبداً عن كفارته أو نذرته أو من زكاته فقال أحمد في الذي يعتق من زكاته أن ورث منه شيئاً جعله في مثله قال وهذا قول الحسن وبه قال إسحاق، وعلى قياس ذلك العتق من

مالاً يخصه أخوها إلى عمر فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما حرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان» قال وكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزيد بن ثابت ورجل آخر فنحن فيه إلى الساعة رواه أبو داود وابن ماجه، والصحيح الأول فإن الولاء لا يورث على ما نذكره إن شاء الله تعالى، وإنما يورث به وهو باق للمعتق برثته به أقرب عصباته ومن لم يكن من عصبته لم يرث شيئاً وعصبة الابن غير عصبته أمه فلا يرث إلا جانب منها بولائها دون عصباتها، وحديث عمرو بن شعيب غلط قال أحمد الناس يفلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصبته الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات، ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم إلا أن يكون الأب والجد مع البنين والجد مع الأخوة على ما نذكره، فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتمصيب كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ورث بما فيه من التمصيب دون الفرض فإن كانا عصبات في درجة واحدة كالبنين وبنوهم والأخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم اقتصموا الميراث بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة

(فصل) ويقدم المولى في الميراث على الرد وذوي الأرحام في قول جمهور العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم فإذا مات رجل خلف بنته ومولاه فليثنته النصف والباقي لمولاه وإن خلف ذارحم

الكفارة والنذر لانه واجب عليه ، وقد روى عن أحمد رحمه الله أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه
للذي جرى عتقه على يديه، وقال مالك والعنبري ولاؤه لساير المسلمين ويجعل في بيت المال وقال
أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي ﷺ
« الولاء لمن أعتق » ولأن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق فاعتقتها فكان ولاؤها لها بشرط العتق
بوجوب ولائه معتق عن نفسه فكان الولاء له كما لو اشترط عليه العتق فاعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة معتق من غير ماله فلم يكن له الولاء كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى
بها واعتق وكما لو دفع إلى المكاتب مالا فأداه في كتابته، وفارق من اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق
ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة، وذهب كثير من أهل العلم إلى أنه
لا يعتق من الزكاة وعال بعضهم المنع من ذلك بأنه يجر الولاء إلى نفسه فينتفع بركانه وهذا قول لأحمد
رواه عنه جماعة وهو قول الذهبي والشافعي

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن ملك ذا رحم محرم عتق عليه وكان ولاؤه له)

ذو الرحم المحرم القريب الذي يهرم نسكحه عليه لو كان أحدهما رجلاً والآخر امرأة وهم الوالدان
وإن علوا من قبل الأب والأم جميعاً والولد وإن سفل من ولد البنين والبنات والأخوة والأخوات وأولادهم

ومولاه فإلّا لمولاه خاصة، وعن عمر وعلي يقدم الرد على المولى ولعلمهم يحتجون بقول الله تعالى (واولو
الارحام بعضهم اولى بعض في كتاب الله) ولنا حديث عبد الله بن شداد وحديث الحسن ولانه عصبه
يعقل عن مولاه فيقدم على الرد وذوي الرحم كأبن العم

﴿ مسألة ﴾ (وعنه في المكاتب إذا أدى إلى الورثة أن ولاه لهم)

لانه انتقل إليهم أشبه مالوا اشتروه وإن أدى إليهما ولاؤه بينهما لأنها اشتركا في أدائه إليهما فاشتركا
في استحقاق ولائه كالشريكين والرواية الأخرى ولاؤه للمكاتب لأن عتقه بكتابته وهي من سيده

﴿ مسألة ﴾ (ومن كان أحد أبويه الحرين حر الأصل فلا ولاه عليه)

وجمعيته أنه إذا كان أحد الزوجين حر الأصل فلا ولاه على ولدهما سواء كان الآخر عرباً أو مولى لأن الأم
إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقاً في اتقاء الرق والولاء فلا يتبعها في نفي الولاء وحده
أولى وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاه بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه فلا يتبعه
في سقوط الولاء عنه أولى وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال أبو حنيفة إن كان الأب أعجمياً والأم
مولاة ثبت الولاء على ولده وليس بصحيح لانه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربياً

وأن سفلوا والاعمام والعمات والاخوال والحالات دون أولادهم فتى ملك أحداً منهم عتق عليه روي ذلك عن عمرو بن مسعود رضي الله عنهم اوبه قال الحسن وجابر بن زيد وعطاء والحكم وحماد وابن أبي لبلى والثوري واليث وأبو حنيفة والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم، وأعتق مالك الموالد بن والمولود بن وان بعدوا والاخوة والاخوات دون أولادهم، ولم يعتق الشافعي الا عمودي النسب وعن احمد رواية كذلك ذكرها أبو الخطاب ولم يعتق داود وأهل الظاهر أحداً حتى يعتقه لقول النبي ﷺ «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتره فيعتقه» رواه مسلم

ولنا ما روى الحسن عن سمرة قال : قال رسول الله ﷺ « من ملك ذا رحم محرر، فهو حر» رواه أبو داود وأبو داود في حديث حسن ولأنه ذو رحم محرر فيعتق عليه بالملك كعمودي النسب وكالاخوة والاخوات عند مالك، فأما قوله حتى يشتره فيعتقه فيحتمل أنه أراد يشتره فيعتقه بشرائه له كما يقال ضربه فقتله والضرب هو القتل وذلك لان الشراء لما كان يحصل به العتق تارة دون أخرى جاز عطف صفته عليه كما يقال ضربه فأطار رأسه، ومنى عتق عليه فولأؤه له لانه يعتق من ماله بسبب فعله فكان ولأؤه له كما لو باشر عتقه وسواء ملكه بشراء أو هبة أو غنيمة أو ارث أو غيره لانعلم بين أهل العلم فيه خلافاً

(فصل) ولا خلاف في أن المحارم من غير ذوي الارحام لا يعتقدون على سيدهم كالام والاخ من

وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حريباً مجهول النسب او معلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام ان كانت مولاة قال ابن اللبان هذا ظاهر مذهب الشافعي، وقال الحنبري هذا قول أبي حنيفة ومحمد واحمد لان مقتضى ثبوته لمولى الام موجود، وانما امتنع في محل الوفاق لحرية الاب فاذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الاصل ولا يزول اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا ان الاب حر محكوم بحريته اشبه معروف النسب ولان الاصل في الادميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الاصل بالوم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب، وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فانه انما يثبت لمولى الام بشرط رق الاب وهذا الشرط متنف حكماً وظاهراً وان سلمنا وجود المقتضى فقد ثبت المانع حكماً فان حرية الاب ثابتة حكماً فلا تعويل على ما قالوه، فاما ان كان الاب مولى والام مجهولة النسب فلا ولاء عليه في قولنا، وقياس قول القاضي والشافعي ثبوت الولاء عليه لمولى ابيه لانا شكنا في المانع من ثبوته

ولنا ما ذكرناه في التي قبلها ولان الام لا تخلو من ان تكون حرة الاصل فلا ولاء على ولدها وامة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى ابيه، والاحتمال الاول راجح لوجهين احدهما انه محكوم به في الام فيجب الحكم به في ولدها الثاني انه معتضد بالاصل فان الاصل الحرية ثم اولى يرجح هذا الاحتمال لكان

الرضاعة والرببية وأم الزوجة وابنتها إلا أنه حي عن الحسن وابن سيرين وشريك أنه لا يجوز بيع
الاخ من الرضاعة ، وروي عن ابن مسعود أنه كرهه والاول أصح قال الزهري جرت السنة بأن يباع
الاخ والاخت من الرضاع ولأنه لانص في عتقهم ولاهم في معنى المنصوص عليه فييقون على الاصل ولأنهما
لأرحم بينهما ولا توارث ولا تلزمه نفقته فأشبهه الرببية وأم الزوجة

(فصل) وان ملك ولده من الزنا لم يعتق عليه على ظاهر كلام أحمد لان أحكام الولد غير ثابتة
فيه وهي الميراث والحجب والمهرمية ووجوب الانفاق وثبوت الولاية له عليه ، ويحتمل أن يعتق
لأنه جزؤه حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج ، ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق
عليه مع انتفاؤه هذه الاحكام

❦ مسألة ❧ قال (وولاء المكاتب والمدبر لسيدهما إذا أعتقا)

هذا قول عامة الفقهاء وبه يقول الشافعي وأهل العراق وحكي ابن سريانة عن عمرو بن دينار
وأبي ثور أنه لا ولاء على المكاتب لأنه اشترى نفسه من سيده فلم يكن له عليه ولا كما لو اشترى أجنبي
فأعتقه وكان قتادة يقول من لم يشترط ولاء المكاتب فله كتبه أن يرأى من شاء وقال مكحول أما المكاتب
إذا اشترط ولاءه مع رقبته فحائز

الاحتمال الذي صاروا اليه معارض باحتمالين كل واحد منهما مساو له فترجحه عليهما بحكم لا يجوز المصير
اليه بغير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الاولى أيضاً

❦ مسألة ❧ (ومن اعتق سائبة في ندره أو زكاته أو كفارته ففيه روايتان (إحداهما) له عليه الولاء والثانية
لا ولاء له عليه وما رجع من ميراثه رد في مثله يشترى به رقاباً يعتقهم)

قال أحمد في رواية عبد الله الرجل يعتق عبده سائبة هو الرجل يقول لعبده قد أعتقتك سائبة كأنه يجعله
لله لا يكون ولاؤه له قد جعله لله وسلمه وعن أبي عمر والشيباني عن ابن مسعود والسائبة يضع ماله حيث
شاء وقال أحمد قال عمر قال الصدقة والسائبة ليومها ومتى قال الرجل لعبده أعتقتك سائبة أو أعتقتك
ولا ولاء لي عليك لم يكن له عليه ولاء فان مات وخلف مالا ولم يدع ورثة اشترى بماله رقاباً فأعتقوا
في المنصوص عن أحمد وأعتق ابن عمر عبداً سائبة فمات فاشترى ابن عمر بماله رقاباً فأعتقهم

والرواية الثانية الولاء للمعتق وهو قول الشعبي والنخعي وابن سيرين وراشد بن سعد وضرة
ابن حبيب والشافعي وأهل العراق لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء
لحمة كل حمة بالنسب » . ولعل أحمد ذهب إلى شراء الرقاب استحباباً لفعل ابن عمرو قال عمر بن عبد العزيز
والزهري وأبو العالية ومكحول ومالك يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين وعن عطاء قال إذا قال أنت حر
سائبة يرأى من شاء ، والقول بثبوت الولاء للمعتق أظهر الاحاديث ولان الولاء لحمة كل حمة بالنسب ،

(الجزء السابع)

(٣٢)

(المغني والشرح الكبير)

ولنا أن السيد هو المعتق للمكاتب لأنه يتبعه بماله وماله وكسبه لسيدته فجعل ذلك له ثم باعه به حتى عتق فكان هو المعتق وهو المعتق للمدير بلا اشكال ، رقد قال النبي ﷺ «الولاء لمن أعتق» وبطل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالي مكاتبهم فيقال أبو سعيد مولى ابن أسيد وسير بن مولى أنس وسليمان بن يسار مولى ميمونة ، وقد وهبت وللاء لابن عباس وكانوا مكاتبين وكذلك أشباههم وبطل على ذلك أن في حديث بريرة أنها جاءت عائشة فقالت يا أم المؤمنين اني كانت أهلي على نسيم أواق فأعينيني فقالت عائشة إن شاءوا عدت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم فقال النبي ﷺ «اشترها واشترطي لهم الولاء» وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشتروها منهم عائشة

(فصل) وان اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال عتق والولاء لسيدته لأنه يبيع ماله بماله فهو مثل المكاتب سواء والسيد هو المعتق لهما فالولاء له عليهما

(مسئلة) قال (وللاء أم الولد لسيدها إذا ماتت)

يعنى إذا تمت بموت سيدتها فولأؤها ليرثها قرب عصبتها، وهذا قول عمر وثمان وبه قال عامة الفقهاء ، وقال ابن مسعود: تعتق من نصيب ابنها فيكون ولاؤها له وعن ابن عباس نحوه وعن

وكذا لا يرول نسب انسان ولا ولد من فراش بشرط لا يزول وللاء عن معتق ولذلك لما أراد أهل بريرة اشتراط ولائها على عائشة قال النبي صلى الله عليه وسلم «اشترها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق» يريد أن اشتراط تحويل الولاء عن المعتق لا يفيد شيئاً ولا يزول الولاء .

وروى مسلم بإسناده عن هزيل ابن شرحبيل قال جاء رجل الى عبد الله فقال لاني أعتقت عبدألي وجعلته سائبة فأت وترك مالا ولم يدع وارثاً فقال عبد الله إن أهل الاسلام لا يسيبون وأهل الجاهلية كانوا يسيبون وأنت ولي نعمته فان تأثمت وتخرجت عن شيء فنحن نقبله ونجعله في بيت المال وقال سعيد ثنا هشيم عن بسر عن عطاء أن طارق بن المرقع أعتق سوائب فماتوا فكتب إلى عمر رضي الله عنه فكتب عمر ان ادفع مال الرجل إلى مولاه فان قبله وللاء فاشتر به رقاباً فأعتقهم عنه وثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالوا في ميراث السائبة هو للذي أعتقه قال شيخنا وهذا القول أصح في الاثر والنظر لما ذكرنا وفي المواضع التي جعل الصحابة ميراثه لبيت المال أو في مثله كان لتبرع المعتق وتورعه عن ميراثه كفعل ابن عمر في ميراث عتيقه وفعل ابن عمر وابن مسعود في الميراث الذي تورع سيده عن أخذ ماله وقد روي أن سالما مولى أبي حذيفة أعتقه لبي بنت يعار سائبة فقتل وترك ابنة فأعطاه عمر نصف ماله وجعل النصف في بيت المال وعلى القول المنصوص عن أحمد الذي ذكره الحنفى إذا خلف السائبة مالا اشترى به رقاب فأعتقوا فان رجع من ميراثه شيء اشترى به أيضاً رقاب

علي لا تعتق مالم يعتقها وله يدها وبه قال جابر بن زيد وأهل الظاهر ، وعن ابن عباس نحوه ولقد ركن الدليل على عتقها موضع غير هذا ولا خلاف بين القائلين بعتقها إن ولاها لمن عتقت عليه ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال فيكون ولاؤها لها لأنها عتقت بفعله من ماله فكان ولاؤها له كما لو عتقت بقوله وبمختص ميراثها بالولاة . بالذكور من عصبة السيد كالمدر والمكاتب

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره أو عن ميت قالوا للمعتق)

هذا قول الثوري والاوزاعي والشافعي وأبي حنيفة وأبي يوسف وداود ، وروي عن ابن عباس أن ولادة المعتق عنه ، وبما قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له

ولنا قول النبي ﷺ «الولاء للمعتق» ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره . له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه بأمره)

وبهذا قال جميع من حكينا قوله في المسئلة الأولى إلا أبا حنيفة ووافقه أبو يوسف ومحمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء . ويلزم العوض وبصير كأنه

فأعتقوا وإن خالف السائبة إذا فرض لا يستغرق ماله أخذ فرضه واشترى ياقبه رقاب فأعتقوا ولا يرد على أهل الفرض .

(فصل) فإن أعتق من زكاته وعن كفارته أو نذره فقال أحد في الذي يعتق من زكاته إن وورث منه شيئاً جبه في مثله وقال هذا قول الحسن وبه قال إسماعيل وعلى قياس ذلك العتق من الكفارة والنذر لأنه واجب عليه وقد روي عن أحمد أنه قال في الذي يعتق في الزكاة ولاؤه للذي جرى عتقه على يديه وقال الغنبري ومالك ولاؤه لسائر المسلمين يجعل في بيت المال وقال أبو عبيد ولاؤه لصاحب الصدقة وهو قول الجمهور في العتق في النذر والكفارة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «إنما الولاء لمن أعتق» ولأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة بشرط العتق فأعتقها فكان ولاؤها لها بشرط العتق يوجبها ولأنه معتق عن نفسه فكان الولاء له لمن شرط عليه العتق فأعتق

ولنا أن الذي أعتق من الزكاة أعتق من غير ماله فلم يكن الولاء له كما لو دفعها إلى الساعي فأشترى بها وأعتق وكما لو دفع إلى المكاتب ما لا قداة في كتابته وفارق الذي اشترط عليه العتق فإنه إنما أعتق ماله والعتق في الكفارة والنذر واجب عليه فأشبه العتق من الزكاة

﴿ مسألة ﴾ (ومن أعتق عبده عن حي بلا أمره أو عن ميت قالوا للمعتق)

هذا قول الثوري والاوزاعي وأبي حنيفة والشافعي وأبي يوسف وداود وروي عن ابن عباس

اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لعدم قوله عليه السلام « الولاء للمعتق » وعن أحمد مثل ذلك

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضاً فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً فإن الهبة جائزة في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً وكسائر الوكلاء فتنبس عليه محل النزاع

(مسئلة) قال (ومن قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه فالثمن عليه والوطء للمعتق عنه)

لأنه في هذه المسئلة خلافاً وإن الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لأنه أعتقه عنه بشرط العوض فيقدر ابتياعه منه ثم توكله في عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كالأول ابتاعه منه ثم وكله في عتقه

(مسئلة) قال (ولو قال أعتقه والتمن علي كان الثمن عليه والولاء للمعتق)

إنما كان الثمن عليه لأنه جعل له جملاً على اعتاق عبده فازمه ذلك بالعمل كما قال من يبي هذا الحائط له دينار فبناء إنسان استحق الدينار والولاء للمعتق لأنه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك

أن ولأه للمعتق عنه وبه قال الحسن ومالك وأبو عبيد لأنه أعتقه عن غيره فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أذن له .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره له فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئاً

(مسئلة) (وان أعتقه عنه بأمره فالولاء للمعتق عنه)

وهذا قول جميع من حكينا قوله في المسئلة الأولى إلا أبا حنيفة ووافقه محمد بن الحسن وداود فقالوا الولاء للمعتق إلا أن يعتقه عنه بعوض فيكون له الولاء ويلزمه العوض ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في اعتاقه أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع فيكون الولاء للمعتق لما ذكرنا من الحديث وعن أحمد مثل ذلك .

ولنا أنه وكيل في الاعتاق فكان الولاء للمعتق عنه كما لو أخذ عوضاً فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضاً يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضاً فإن الهبة تجوز في العبد كما يجوز البيع والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضاً وسائر الوكلاء فتنبس عليه محل النزاع

(مسئلة) (وإذا قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه ففعل فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه)

فلم يوجد ما يقتضي صرفه اليه فيبقى للمعتق عملاً بقوله عليه السلام «الولاء للمعتق»
(فصل) ومن أوصى أن يعتق عبده بعد موته فأعتق فالولاء له ، وكذلك لو وصى بعنقه عبده ولم يقل عني فأعتق كان الولاء له لان الاعتاق من ماله ، وان أعتق عنه ما يجب اعتاقه ككفارة ونحوها فقد مضى ذكرها فيما تقدم

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أعتق عبداً له أولاد من مولاه لقوم جر معتق العبد ولا أولاده)

وجملة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته فتزوجت عبداً فأولادها فولدها منه أحرار وعليهم الولاء لمولى أمهم بعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم يعتق أمهم فصاروا لذلك أحراراً فان أعتق العبد سيده ثبت له عايله الولاء وجرايه ولا أولاده عن مولى أمهم لان الاب لما كان مملوكاً لم يكن يصلح وارثاً ولا ولياً في نكاح فمكان ابنه كولد المملأنة ينقطع نسبه عن ابنه فثبت الولاء لمولى أمه وان نسب اليها فاذا عتق العبد صلح الانساب اليه وعاد وارثاً عاقلاً ولياً فباعت النسبة اليه وإلى مواليه بمنزلة ما لو استلحق المملأنة ولده هذا قول جمهور الصحابة والفقهاء يروى هذا من عمرو بن عثمان وعلي والزبير وعبد الله بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعمر بن عبد العزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والأوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وأصحابه وأبو ثور وبروي عن رافع بن خديج أن

قال شيخنا لا نعلم خلافاً في هذه المسئلة وان الولاء للمعتق عنه لكونه أعتقه عنه بعوض ويلزمه الثمن لانه أعتقه عنه بشرط العوض فتقدر ابتاعه منه ثم توكيله في عتقه ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه

(مسئلة) (ولو قال أعتقه والثمن علي ففعل فالثمن عليه)

والولاء للمعتق انما كان الثمن عليه لانه جعل له جعلاً على اعتاقه عبده فلزمه ذلك بالعمل كما لو قال من بني لي هذا الخائط فله دينار فبناه إنسان استحق الدينار وانما كان الولاء للمعتق لانه لم يأمره باعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك فلم يوجد ما يقتضي صرفه اليه فيبقى للمعتق عملاً بقوله عليه السلام «انما الولاء لمن أعتق»

(مسئلة) (وان قال الكافر لرجل أعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه ففعل فهل يصح علي وجهين) (أحدهما) لا يصح لانه يلزم منه أن يملك الكافر ولذلك لا يجوز لانه اضرار بالمسلم (والثاني) يصح ويعتق لانه انما يملكه زماناً يسيراً ولا يتسلمه فيتحمل هذا الضرر اليسير لاجل تحصيل الحرية للابد
﴿مسئلة﴾ (وان أعتق عبداً يباينه في دينه فله ولاؤه وهل يرث به ؟ على روايتين)

(أحدهما) لا يرث لكن ان كان له عصة على دين المقتق ورث فان أسلم الكافر منها ورث المقتق رواية واحدة اذا اختلف دين السيد وعتيقه فالولاء ثابت لا نعلم فيه خلافاً لمعوم قوله عليه السلام

الولاء لا ينجر عن موالي الام وبه قال مالك بن اوس بن الخثعم والزهرى وميمون بن مهران وحيد ابن عبد الرحمن وداود لان الولاء لحمة كالحمة النسب والنسب لا يزول عمن ثبت له فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان نحو هذا وعن زيد وأنكرها ابن القبان وقال : مشهور عن عثمان انه قضى الولاء للزبير على رافع بن خديج

ولنا ان الانتساب الى الاب فكذلك الولاء. ولذلك لو كانا حرين كان ولدا. ولدهما لمولى أبيه. فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا أعتق العبد الاب زالت الضرورة فعادت النسبة اليه والولاء الى مواليه. وروى عبد الرحمن عن الزبير انه لما قدم خيبر رأى فتية لعسا فأعجبه ظرفهم وبجالتهم فسأل عنهم فقبل له موالي رافع بن خديج وأبوم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزبير أباهم فأعتقه وقال لا ولاده انتسبوا الى فان ولدا كم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فأنهم عتقوا بعثتي أمهم فاحتكوا الى عثمان فقضى بالولاء للزبير فاجتمعت الصحابة عليه. اعس سواد في الشهتين نستحسنه العرب ومثله الامي قال ذو الرمة :

لمياء في شفتيها حرة لعس وفي اللثام وفي أنيابها شنب

(فصل) وحكم المكاتب يتزوج في كتابته فيأتي له اولاد ثم يعتق حكم العبد القن في جر الولاء وكذلك المدبر والمعتق عتقه بصفته لا لهم عبيد فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم

« الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لحمة كالحمة النسب » والنسب يثبت مع اختلاف الدين فكذلك الولاء ولان الولاء انما ثبت له عليه لانما به باعتاقه وذلك ثابت مع اختلاف دينها ويثبت الولاء للأنثى على الذكر وللذكر على الأنثى وكل معتق لعموم الخبر والمعنى ولحديث عبد الله بن شداد في بنت حمزة وقد ذكرناه وهل يرث السيد مولاة مع اختلاف الدين؟ على روايتين (أحدهما) يرثه يروى ذلك عن علي وعمر بن عبد العزيز وبه قال أهل الظاهر واحتج أحمد بقول علي الولاء لشعبة من الرق وقال مالك يرث المسلم مولاة النصراني لانه يصلح له ملكه ولا يرث النصراني مولاة المسلم لانه لا يصلح له ملكه وجمهور الفقهاء على أنه لا يرثه مع اختلاف دينها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم » ولانه ميراث فتمنع اختلاف الدين كيراث النسب ولان اختلاف الدين مانع من الميراث بالنسب فتمنع الميراث بالولاء كالقتل والرق يحققه أن الميراث بالنسب أقوى فاذا منع الاقوى فالأضعف أولى ولان النبي صلى الله عليه وسلم ألحق الولاء بالنسب بقوله « الولاء لحمة كالحمة النسب » فكما يمنع اختلاف الدين التوارث مع صحة النسب وثبوته فكذلك يمنع مع صحة الولاء وثبوته .

(مسئلة) (فان كان السيد عسبة على دين المعتق ورثته دون سيده وقال داود لا يرث عسبته في حياته) ولنا أنه بمنزلة ما لو كان الاقرب من العسبة مخالفا لدين الميت والا بعدد علي دينه ورث العبيد

(فصل) اذا انجر الولاء إلى موالى الأب ثم انقرضوا عاد الولاء إلى بيت المال ولم يرجع إلى موالى الام بحال في قول أكثر أهل العلم . وحكي عن ابن عباس انه يعود إلى موالى الام والاول أصبح لان الولاء جرى مجرى الانساب . ولو انقرض الأب وأبوه لم تعد النسبة إلى الام كذلك الولاء فاذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الأب كان ولدها لموالى أبيه بلا خلاف فان نفاه بالامان عاد ولاؤه إلى موالى الام لانا تبيين انه لم يكن له أب ينسب إليه فان عاد فاستلحقه عاد الولاء إلى موالى الأب (فصل) ولا ينجر الولاء الا بشروط ثلاثة [أحدها] أن يكون الأب عبداً حين الولادة فان كان حراً وزوجته مولاة لم يخل اما أن يكون حر الاصل فلا ولا عليه ولا على ولده بحال وان كان مولى ثبت الولاء على ولده لموالىه ابتداء ولا جرنه (الثاني) أن تكون الام مولاة فان لم تكن كذلك لم يخل إما أن تكون حرة الاصل فلا ولا على ولدها بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدتها فان أعتقهم فولأؤهم له لا ينجر عنه بحال سواء أعتقهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملاً بهم فعتقوا بعنتقها لان الولاء يثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق لقوله عليه السلام «الولاء لمن أعتق» وان أعتقها المولى فأنت ولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعتق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه . وان أتت به لاكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لانه يحتمل أن يكون حادثاً بعد العتق فلم يمس الرق ولم يحكم برقه بالشك ، وان كانت المرأة بائناً وأنت بولد

دون القريب فان اجتمعا على الاسلام توارثا كالمعتقين لزوال المانع (فصل) قال الشيخ رحمه الله ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن وكاتبين أو كاتب من كاتبين

وعنه في بنت المعتق ترث خاصة والاول أصبح معنى قوله من الولاء أي بالولاء لان الولاء لا يورث على ما تذكره ظاهر المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جر الولاء اليهن من أعتقن والكتابة كذلك فانها اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد والرواية التي ذكرها الحرفي في بنت المعتق ما وجدتها منصوصة عن أحمد وقد قال في رواية بن اقسام وقد سأله هل كان لحمزة أو لابنته؟ فقال لابنته فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لانها هي المعتقة وهذا قول الجمهور واليه ذهب مالك والشافعي وأهل العراق وداود والصحيح الاول لاجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولان الولاء لحمزة كالحمزة النسب والمولى كالنسيب من الاخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم الا المذكور خاصة

فأما الرواية المذكورة في ميراث بنت المعتق التي ذكرها الحرفي فوجهها ما روي ابراهيم النخعي أن مولى لحمزة مات وخلف بنتا فورث النبي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبد الله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته

لأربع سنين من حين الفرة لم يلحق بالاب وكان ولاؤه لمولى أمه وان أنت به لأقل من ذلك لحقه الولد والبحر ولاؤه وولد الأمة مملوك سواء كان من ذكاح أو من سفاح عربيا كان الزوج أو أعجميا ، وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر أن كان زوجها عربيا فولده حر وعليه قيمته ولا ولاؤه عليه وعن أحمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور ، وبه قال الشافعي في القديم ثم رجع عنه ، والاول أولى لان أهم أمه فكانوا عبيدا كما لو كان أبوم أعجميا

[الثالث] أن يعتق العبد سيده فان مات على الرق لم ينجر الولاء بحال وهذا لا خلاف فيه فان اختلف سيد العبد ومولى الام في الاب بعد موته فقال سيده مات حرا بعد جر الولاء . وأنكر ذلك مولى الام فالقول قول مولى الام ، ذكره أبو بكر لان الاصل بقاء الرق ، وهذا مذهب الشافعي

(فصل) فان لم يعتق الاب ولكن عتق الجد فقال أحمد لا ينجر الولاء . ليس هو كلاب وبهذا قال أبو حنيفة وصاحبه . وعن أحمد انه يجره وبه قال شريح والشافعي وأهل المدينة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضرار بن حرد والشافعي في أحد قوايه فان أعتق الاب بعد ذلك جره عن موالى الجد اليه لان الجد يقوم مقام الاب في التصيب وأحكام النسب فكذلك في جر الولاء . وقال زفر ان كان الاب حيا لم يجر الجد الولاء وان كان ميتا جره وهو القول الثاني للشافعي ولنا ان الاصل بقاء الولاء لمستحقه وانما خولف هذا الاصل للانفاق على انه ينجر

بنت حمزة فرفع ذلك الى رسول الله ﷺ فأعطى ابنه النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف قال عبد الله بن شداد أنا أعلم بها لانها أختي من أمي أناس لم يرواه ابن اللبان بإسناده وقال هذا أصح ما روى ابراهيم ولان البنت من النساء فلا ترث بالولاء كمائر النساء فأما تورث المرأة من معتقها فليس فيه اختلاف بين أهل العلم وقد دل عليه حديث عائشة حين أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولاتها فقال النبي صلى الله عليه وسلم « اشتريها واشترطي لهم الولاء فأما الولاء ان أعتق » متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام « تحوز المرأة ثلاث موارث عتيقها وافيظها وولدها الذي لا عنت عليه » قال الترمذي هذا حديث حسن ولان المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على تورث المعتقة وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه ويرثه أخوها كالنسب

ومن مسائل ذلك رجل مات وخلف ابن معتقه الميراث لابن معتقه خاصة

وعلى الرواية الاخرى يكون الملك بينهما اثلاثا فان لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال وعلى الرواية الاخرى يكون الملك لها وإن خلف اخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك إن خلف ام معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما وإن خلف أخا معتقه واخنت معتقه فالميراث للاخ ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن للمعتق معتقه فالميراث له دون البنت إلا على الرواية الاخرى

يعتق الاب ، والجدة لا يساويه بدليل انه لو عتق الاب بعد الجدة جره عن موالى الجدة اليه ولو أسلم الجدة لم يتبعه ولد ولده ولان الجدة يدلي بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالاخ وكونه يقوم مقام الاب لا يلزم أن يجر الولاء اليه كالاخ وعلى القول الآخر لا فرق بين الجدة القريب والبعيد لان البعيد يقوم مقام الاب كقيام القريب ويقضي هذا انه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء اليه ثم ان عتق الاب جر الولاء لان كل واحد يحجب من فوقه ويستأط تمصيه وارثه وولايته ولو لم يعتق الجدة لكن كان حراً وولده مملوك فتزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولأهم لمولى أمهم وعند من يقول يجر الجدة الولاء يكون لمولى الجدة وان لم يكن الجدة مولى بل كان حر الأصل فلا ولا. على ولدايه فان اعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولا. لان الحرية ثبتت له من غير ولا. فلم يتجدد عليه ولا. كالحرة الأصلي

(فصل) وإذا كان أحد الزوجين الحرين حر الأصل فلا ولا. على ولدها سواء كان الآخر عربياً أو مولى لان الام ان كانت حرة لأصل فالولد يتبعها فيما إذا كان الاب رقيقاً في إتياء الرق والولاء فلان يتبعها في نفي الولاء وحده أولى وإن كان الاب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولا. بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه فلان يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى ، وهذا قول أكثر أهل العلم وسواء كان لاب عربياً أو أعجمياً وقال أبو حنيفة إن كان أعجمياً والام مولاة ثبت الولاء على ولده

فان لما النصف والباقي للعصبة وإن خلف بنته ومعتقه فلبنته النصف والباقي لمعتقه كما في قضية مولى بنت حمزة حين مات وخلف بنته وبنت حمزة التي اعتقه فأعطى النبي ﷺ بنته النصف والباقي لبنت حمزة فان خلف ذا فرض سوى البنت كالام والجدة أو الاخت أو الاخ من الام أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاة أو مولاته فلهذا الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء رجل وابنته اعتقا عبداً ثم مات الاب وخلف أبنيه وبنته فإله ينهما اثلاثاً ثم مات العتيق فلبنت النصف لانها مولاة نصفه والباقي لابن المعتق خاصة الا على الرواية الضعيفة فان الباقي يكون بينهما اثلاثاً فيصير للبنت الثلثان ولاخيها الثلث وإن ماتت البنت قبل العتيق وخلفت ابناً ثم مات العتيق فلا ينهما النصف والباقي لآخيها ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كآل لاخيها دون بنتها الا على الرواية الاخرى فان لبنتها النصف والباقي لآخيها وان مات الابن قبل العتيق وخلف ابناً ثم مات العتيق وخلف معتقة نصفه وبنت أخيها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبيت المال وعلى الرواية الاخرى لها النصف باعتبارها ونصف الباقي بأنها بنت معتق النصف والباقي لعصبة أبيها ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العتيق وخلفت ابنتها ثم مات العتيق فلا ينهما النصف ولاشيء لبنت أخيها امرأة اعتقت أباهما ثم اعتق أبوها عبداً ثم مات الاب ثم البعد فإلهما لها فان كان أبوها خلف بنتاً أخرى معها فلها ثلثا مال الاب بالنسب والباقي للمعتقة

وليس بصحيح لانه حر الأصل فلم يثبت الولاء على ولده كما لو كان عربياً وسواء كان مسلماً أو ذمياً أو حريباً أو مجهول النسب أو معلومه وهذا قول أبي يوسف ومالك وابن شريح وقال القاضي ان كان مجهول النسب ثبت الولاء على ولده لمولى الام إن كانت مولاة قال ابن اللبان وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال الخبري وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وأحمد لأن مقتضى ثبوته لمولى الام موجود وإنما انتهم في محل الوفاق بحرية الاب فإذا لم يكن معلومه فقد وقع الشك في المنافع فيبقى على الأصل ولا يزول عن اليقين بالشك ولا يترك العمل بالمقتضى مع الشك في المانم

ولنا أن الاب حر محكوم بحريته فأشبه معروف النسب ولأن الأصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء فلا يترك هذا الأصل بالوهم في حق الولد كما لم يترك في حق الاب وقولهم مقتضى ثبوته لمولى الام موجود ممنوع فإنه إنما ثبت لمولى الام بشرط رق الاب وهذا الشرط منتف حكماً وظاهراً وإن سلمنا وجود المقتضى فقد ثبت المانم حكماً فإن الاب حرته ثابتة حكماً فلا تعويل على ما قالوه وإن كان الاب مولى والام مجهولة النسب فلا ولا، عليه في قولنا وقياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه لانا شككنا في المانم من ثبوته

ولنا ما ذكرنا في التي قبلها ولأن الام لا تخلوا من أن تكون حرة الأصل فلا ولا، على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبداً أو مولاة فيكون على ولدها ولا، لمولى أبيه والاحتمال الاول راجح لوجهين

بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون اخنها ويتخرج على الرواية الاخرى أن يكون لها ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة ولو كان الاب خلف مع المعتقة ابناً قال الأب بينها اثلاثاً بالبنة ومال العبد كله للابن دون اخته للمعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء، ولو خلف الاب أخاً أو عمّاً أو ابن عم مع البنت فللبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لمصبتها ومال العبد لمصبتها ولا شيء لبنته فيه لأن العصبه من النسب مقدم على المعتق في الميراث إلا على رواية الحرقى فان للبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لمصبتها

(مسئلة) (ولا يرث من الولاء ذو فرض إلا الاب والجد يرثان السدس مع الابن)

نص أحمد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والابن من الكبر في شيء يحريهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والعنبري وأصحاب أبي يوسف وروي عن زيد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء الشعبي والحنبل والحكم وقتادة وحامد والزهرى ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد والشافعي وأكثر الفقهاء لأن الابن أقرب العصبه والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال

ولنا أنه عصبه وارث فاستحق من الولاء كالاخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبه لا يسقط أحدهما صاحبه وإنما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء

(أحدهما) أنه محكوم به في الام فيجب الحكم به في ولدها (الثاني) أنه معترض بالأصل فإن الأصل الحرية ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال لكان الاحتمال القوي صاروا اليه معارضاً بإحتمالين كل واحد منهما مساو له فترجيحه عليهما تحكم لا يبرز المصير اليه بنير دليل وهذا وارد عليهم في المسئلة الاولى أيضاً . (فصل) إذا تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدان فولأوهما لمولى أبيهما فإن نفاها باللعان عاد ولاؤهما الى مولى أمهما فإن مات أحدهما فميراثه لأمها ومواليهما فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من موالى الام ولو كان أبوهما عبداً ولم ينفعهما وورث موالى الام الميت منهما ثم أعقق الاب أنجر الولاء الى موالى الاب ولم يكن لهم ولاء وللأب استرجاع الميراث لان الولاء إنما ثبت لهم عند اعتاق الاب ويفارق الاب إذا أكذب نفسه لان النسب ثبت من حين خلق الولد

(فصل) وإذا تزوج عبد بمعتقة فاستولدها أولاداً فهم أحرار ولاؤهم لموالى أمهم فإن اشترى أحدهم أباه عتق عليه وله ولاؤه ويجر اليه ولاء أولاده كلهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أمه لأنه لا يكون مولى نفسه ، وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في أهل المدينة وأبو حنيفة في أهل العراق والشافعي وشذ عنهم ابن دينار المدني فقال بجر ولاء نفسه فيصير حراً لا ولاء عليه قال ابن شريح ويحتمل قول الشافعي ولا يعمل على هذا القول لشذوذه ولأنه يؤدي الى أن يكون الولاء ثابتاً على أبويه دونه مع كونه

ولذلك يقدم الاب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرها وحكم الاب مع ابن الابن وان سفل وحكم الجد وان علا مع الابن وابنه سواء

﴿مسئلة﴾ والجد يرث الثلث مع الاخوة إن كان أحظ له إذا خلف المعتق أخاه وجده فالولاء

بينهما نصفين

وبه قال عطاء والليث ويحيى الانصاري وهو قول للشافعي وقول الثوري وأبي يوسف ومحمد والذين جعلوا الجد أباً قبلوه أولى من الاخ وورثوه وجده وروي عن زيد أن المال للاخ وهو قول مالك والشافعي لان الاخ ابن الاب والجد أبوه والابن أحق من الاب

ونسألهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كالأخوين وإن ترك جد مولاة وابن أخي مولاة فالمال للجد في قول الجميع إلا مالكا جعل الميراث لابن الاخ وإن سفل وقاله الشافعي أيضاً لان ابن الابن يقدم على الاب وإن سفل وليس هذا صواباً فإن الجد يقدم على ابن الاخ في الميراث فكيف يقدم عليه هنا؟ ولان الجد أولى بالمعتق من ابن الاخ فيرث مولاة لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أولى الناس بالمعتق» والدليل على ان الجد أولى أنه يرث ابن ابنته دون ابن الاخ فيكون أولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم «الحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت الفروض فلا ولي رجل ذكر» وفي لفظ «فلا ولي عصبه ذكر» ولان الجد أب فيقدم على ابن الاخ

مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الاصول ولا يمكن ان يكون مولى نفسه يقتل عنها وبرثها وبزوجها لكن لو اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد بألمعتقة فأعتقه فانه ينجر اليه ولا سيده فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه اياه ولاعتيق ولألمعتقة برلائه على أبيه وجده ولألمعتقة باعتاقه اياه ولا يمتنع مثل هذا كما لو أعتق الحرابي عبداً فأسلم ثم أمر سيده وأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل وبرث كل واحد منهما الآخر بالولاء. وكما جاز أن يشتركا في النسب فيبرث كل واحد منهما صاحبه به كذلك الولاء، وإن تزوج ولد الممتقة بمعتقة فأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه وينجر اليه ولا أبيه وسائر أولاد جده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقيهم ويبقى ولألمعتري لمولى أم أبيه، وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لولاء عليه.

(فصل) اذا تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولداً فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولداً فولاً. وهذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لأن له الولاء على أبيه فكان الولاء له عليه كما لو كان مولى جده ولأن الولاء الثابت على الاب يمنع ثبوت الولاء لمولى الام (والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لأن الولاء الثابت على ابنه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في

كألاب الحقيقي فان اجتمع اخوة وجد فبراث المولى بينهم كمال سيده إن زادوا على اثنين فللجد ثلث ماله لانه أحظ له وإن اجتمع أخوة من أبوين وأخوة من أب عاد الاخوة من الابوين الجدة بالاخوة من الاب ثم يأخذ ولد الابوين ما حصل لولد الاب كالبراث وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الابوين الجدة بولد الاب.

ولنا أنه ميراث بين الجد والاخوة أشبه الميراث بالنسب فان كان مع الاخوة اخوات لم يعتد بهن لانهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالاخوة من الام وإن انفرد ولد الاب مع الجد فهم كولد الابوين (فصل) فان ترك جد مولاة وعم مولاة فهو للجد وكذلك إن ترك جد أبي مولاة أو وجد جد مولاة وعم مولاة فهو للجد وبه يقول الثوري والاوزاعي وأهل العراق وقال الشافعي هو للعم وبنيه وإن سفوا دون الاب وهو قياس قول مالك قال الشافعي ومن جعل الجد والاخ سواء فجاء الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «يرثه أولى الناس بالمعتق» فالجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس بماله وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك والعجب أن الشافعي رحمه الله تعالى ترك الجد أباً في ولاية المال والاجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الاتفاق عليه وله وعتقه على ابن ابنه وعتق ابن ابنه عليه وإتفاء النكاح عنه بقتل ابن ابنه والحد بقذفه وغير ذلك من أحكام الاب ثم جعل بعد العصباء أولى منه بالولاء

حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولا يه مولى كان مولاه أحق به من مولى أبيه فإن كان له مولى أم ومولى أم أب ومولى أم جد وجدة مملوك قبل الوجه الأول يكون لمولى أم الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام

(فصل) وإن تزوج معتق فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابناً فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولداً فولاه هذا الولد لمولى أم أبيه لأن له الولاء على أبيه، وإن تزوجت بنت بمملوك فولاه ولدها لمولى أبيها لأن ولدها له فإن كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الأول لأن مولى أبي الام يثبت له الولاء على أبي الام فكان مقدماً على المعتقين أمها ويثبت له الولاء عليها

(فصل في دور الولاء)

إذا تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين فاشتريتا أباهما عتق عليهما ولهما عليه الولاء، وتجر كل واحدة منهما نصف ولأختها إليها لأنها أعتقت نصف الأب ولا ينجر الولاء الذي عليها ويبقى نصف ولأخت كل واحدة منهما لمولى أمها فإن مات الأب فمالها ثلثاها بالبنوة وباقيها بالولاء، فإن ماتت إحداهما بعد ذلك فلاختها النصف بالنسب ونصف الباقي بأنها مولاة نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها فإن كانت إحداهما ماتت قبل أبيها فمالها لأبيها ثم إذا مات الأب فالباقية نصف ميراث

(مسئلة) (والولاء لا يورث وإنما يورث به)

وهذا قول الجمهور روي نحوه ذلك عن عمرو عثمان وعلي وابن مسعود وابن عمر واسامة بن زيد وأبي مسعود البصري وأبي ابن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهرى والحسن وابن سيرين وقتادة والشعبي وأبراهيم ومالك والشافعي وأهل العراق وداود وشذ شريح فجعله موروثاً كاملاً لأنه روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال ما أحرزه الولد والوالد فهو لعصبته من كان

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «إنما الولاء لمن أعتق» وقوله «الولاء لمة كاحمة النسب» والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولأن الولاء إنما يحصل بانتماء السيد على عبده بالعتق وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء ورواه خنبل ومحمد بن الحكم عن أحمد وغلطها أبو بكر وهو كما قال فإن الجماعة روي عن أحمد مثل ما ذكرنا من قول الجمهور وقدرى سعيد بأسناده عن الزهرى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «المولى أخ في الدين ومولى نعمة» وأولى الناس بميراثه أقربهم من المعتق، ولأنه قول من سمينا من الصحابة لم يظهر عنهم خلافه ولا يصح قياسه على المال لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوا الفروض بخلاف المال فعلى هذا ينظر أقرب العصباء إلى المعتق يوم موت المعتق فيكون هو الوارث للمولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده

أبيها فإلها لأبيها، ثم إذا مات الأب فلأبائية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لأنها مولاة نصف أخيها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى أم المينة الثمن فإن ماتت البنت الباقية بعدهما فالها لمواليها نصفه لمولى أمها ونصفه لمولى أخيها المينة وهم أخيها ووالى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه المينة فهذا الجزء دائر لأنه خرج من هذه المينة ثم دار إليها فقال القاضي بجعله في بيت المال لأنه لا مستحق له نفعه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي

وقال بعض الشافعية وبعض المدنيين هو لمولى أم المينة وهذا قول الجمهور وهاتان المستلطان أصل في دور الولاء. وفيها أقوال شاذة سوى ما ذكرناه وهذا أصح ما قيل فيها إن شاء الله فإن مات الابنتان قبل الأب ورث مالهما بالنسب فإن مات بعدهما فإله يقسم على ثمانية أسهم لكل واحدة من ابنتيه أربعة أسهم سهمان لمولى أمها وسهمان لمولى أخيها يقسمان أيضاً لموالي أمها سهم وسهم دائر يرجع إلى بيت المال فيحصل لبيت المال الربع ولمولى أمها ثلاثة أرباع فإن كن ثلاثاً ماتت أحدهن قبل الأب والآخرى بعده فقال الأب على سبعة وعشرين لابنتيه ثلثاها بالنسب وثلثا الباقي بولائهما عليه وثلثا الباقي بولائهما على أختهما ويبقى لمولى الأم سهم، ومال اثنتي عشرة ألفاً على ثمانية عشر ألفاً تسعة بالنسب وثلثاها بولائها ولولائها أمها ثلاثة ويبقى ثلاثة لموالي المينة الأولى لأبوية سهم ولولائها أمها سهم ويبقى سهم دائر فن جعله لبيت المال دفعه إليه

(مسئلة) (ولاياع ولا يوهب)

لا يبيع بيع الولاء ولا هبته ولا أن يأذن لمولاه فيوالي من شاء روى ذلك عن عمرو بن دينار وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وبه قال سعيد بن المسيب وطاوس وإياس بن معاوية والزهري ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وكره جابر بن عبد الله بيع الولاء وروى سعيد بإسناده عن عبيد الله أنه قال إنما الولاء كالنسب فيبيع الرجل نسبه وقد روى سعيد بإسناده عن سفيان عن عمرو بن دينار أن ميمونة وهبت ولأه سليمان بن يسار لابن عباس وكان مكاتباً وروي أن ميمونة وهبت مولها للعباس وولأه اليوم لهم وإن عروة ابتاع ولأه طهمان لورثة مصعب بن الزبير وقال ابن جريج قلت لعطاء أذنت لمولاي أن يوالي من شاء فيجوز؟ قال نعم

ولنا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وعن هبته وقال «الولاء كلمة النسب» وقال لمن الله من تولى غير مواليه ولأنه معنى يورث به فلا ينتقل كالقربة وفعل هؤلاء شاذ يخالف قول الجمهور وترده السنة فلا يعول عليه فعلى هذا لا ينتقل الولاء عن المتفق لموته ولا يرثه ورثته أما يرثون المال به مع بقاءه للمعتق وهذا قول الجمهور على ما ذكرناه

(مسئلة) (وهو لا يكبر فإذا مات المعتق وخلف عتقه وابنتين فأت أحد الابنتين عن ابني ثم مات

المولى فاليراث لابن معتقه

ومن جعله لمولى الام فهو له ومن لم يدفعه قسمه بين الحية ومولى الام نصفين وترجم بالاختصار إلى أربعة فان كانت أمها تن شتي فن اثني عشر فان اشترى الابنتان أباهما ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جدهما ثم مات الاب فماله بينهما أثلاثا ثم اذا مات الجد وخلف ابنتي ابنته فلهما الثلثان والكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لمولى الاب لأنه مولى نصف الجد وم ابتناء فيحصل للكبرى ثلث المال وربعة ، ولاصغرى ربعة وسدسه فان كانت بجملها فاشترت الكبرى وأبرها أخاهما لا ييهما فالجواب فيها كائني قبلها

باب ميراث الولاء

يعني والله اعلم الميراث بالولاء. واذن الميراث اليه لانه سببه فان الشيء يضاق إلى سببه كما يقال دية الخطأ ودية العمد وانما قلنا ذلك لان الولاء لا يورث وانما يورث به وهذا قول الجمهور روي نحو ذلك عن عمرو عثمان وعلي وزيد بن مسعود وابن عمر وأسماء بن زيد وابن مسعود البدرى وأبي بن كعب وبه قال عطاء وطاوس وسالم والزهرى والحسن وابن سيرين وقنادة والشامي وأبراهيم ومالك والشافعي وأهل العراق وداود وجعل شريح الولاء مورثا كاملا ولما قول النبي ﷺ انما الولاء لمن أعق وقوله الولاء لجهة كاحمة النسب والنسب يورث به ولا يورث فكذلك الولاء ولان الولاء انما يحصل بانعام السيد على المعتق وهذا

لان الولاء للكبر ولو مات الابنان بعده وقبل الشقيق وخلف أحدهما ابنا والآ خر تسعة كان الولاء بينهم على عددم لكل واحد عشرة وهذا قول أكثر أهل العلم قال أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وروي سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي ان عمر وعلي وابن مسعود وزيد كانوا يجعلون الولاء للكبر وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البدرى وأسماء بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشامي والنخعي والزهرى وقنادة ومالك والثوري والشامي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاء للكبر وتفسيره أنه يرث المعتق من عصباء سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد قال ابن سيرين اذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلى الذي أعتقه فيجعل ميراثه له واذا مات السيد قبل مولاة لم ينتقل الولاء إلى عصبته لان الولاء كالنسب لا ينتقل ولا يورث وانما يورث به فهو باق للمعتق أبدا لا يزول عنه بدليل قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق وقوله الولاء لجهة كاحمة النسب وانما يرث عصبية السيد مال مولاة بولاء معتقه لان نفس الولاء ويتضح ذلك بالمسئلتين اللتين ذكرناهما هنا وهما اذا مات رجل عن ابنتين ومولى فأت أحد الابنتين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن ابن معتقه لان ابن المعتق أقرب عصبية سيده فلو مات السيد وخلف ابنة وابن ابنة ورثه ابنة دون ابن ابنة فكذلك اذا مات المولى والمسئلة الاخرى اذا مات الابنان

المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذلك الولاء (مسئلة) قال ولا يرث النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبين او كاتب من كاتبين وقدرروي عن أبي عبد الله رحمه الله في بنت المعتق خاصة أنها ترث لما روي عن النبي ﷺ انه ورث بنت حمزة من ابي اعقته حمزة قوله ولا يرث النساء من الولاء لما قدمنا من ان الولاء لا يرث ولهذا قال الا ما اعتقن ومعتقن ولاؤه لمن فكيف يرثه؟ والظاهر من المذهب ان النساء لا يرثن بالولاء الا ما اعتقن أو أعقن من أعقن وجر الولاء اليهن من اعتقن والكتابة كذلك فأنها اعتاق قال القاضي هذا ظاهر كلام احمد والرواية التي ذكرها الحرقي في ابنة المعتق ما وجدتها منصوبة عنه وقد قال في رواية ابن القاسم وقد سأله هل كان لمولى حمزة او لابنته؟ فقال فقد نص على ان ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها لانها هي المعتقة وهذا قول الجمهور وهو قول من سمينا في اول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح والصحيح الاول لاجماع الصحابة ومن بعدهم عليه ولان الولاء لحقة كالحمية بالنسب والمولى كالنسيب من الاخ والعلم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه ولا يرث منهم إلا المذكور خاصة فأما رواية الحرقي في بنت المعتق فوجهها ما روى ابراهيم النخعي أن مولى حمزة مات وخلف بنتاً فورث التي ﷺ بنته النصف وجعل لبنت حمزة النصف والصحيح أن المولى كان لبنت حمزة قال عبدالله بن شداد كان لبنت حمزة مولى أعقته ثقات وترك ابنته ومولاته بنت حمزة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف قال عبدالله بن شداد أنا أعلم بها لأنها اختي

بعد السيد وقبل مولاه وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددهم لان السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك ولو كان الولاء موروثاً لاختلف الحكم في المستثنين وكان الميراث في المسئلة الاولى بين الابن وابن الابن نصفين لان الابنين ورثوا الولاء عن أبيهما ثم ما صار الى الابن الذي مات انتقل الى ابنته وفي المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن أبيه ولبنه الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وذهب شريح إلى أن الولاء موروث كاللأن يورث عن المعتق فمن ملك شيئاً في حياته فهو لورثته وحكي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب وروي عن أحمد نحوه والمشهور عنه مثل قول الجمهور قال أبو الحارث سألت أبا عبدالله عن الولاء للكبر قال كذا روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود وقد ذكرنا ذلك عن شريح واجبتنا عنه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وان لم يخلف عصبه من نسب مولاه فماله لمولي مولاه ثم لا قرب عصباته ثم لمولى مولى مولاه فإذا انقرض العصبات والموالي وعصباتهم فماله لبيت المال .

(مسئلة) (واذا اشترى رجل وأخته أباهما أو أخاهما عتق عليهما بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات العتيق ثم مات مولاه ورثه الرجل دون أخته) إذا اشترى رجل وأخته أباهما وأخاهما عتقا عليهما بالملك ثم اشترى عبداً فأعتقه ثم مات الاب أو

من ابي امنا سلمى، رواه ابن اللبان بإسناده وقال هذا أصح؛ روى ابراهيم، ولأن البنت من النساء فلا ترث بالولاء كسائر النساء، فأما توريث المرأة من معتقة ومعتق معتقة ومن جر ولاء معتقة فليس فيه اختلاف بين أهل العلم، وقد نص النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فإن عائشة أرادت شراء بريرة لتعتقها ويكون ولاؤها لها فأراد أهلها اشتراط ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم «اشترها واشترطي لهم الولاء» فأما الولاء لمن أعتق متفق عليه وقال عليه السلام «تحوز المرأة ثلاثه موارث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت عليه» قال الترمذي هذا حديث حسن ولأن المعتقة منعمة بالاعتاق كالرجل فوجب أن تساويه في الميراث وفي حديث مولى بنت حمزة الذي ذكرناه تنصيص على توريث المعتقة، وأما معتق أبيها فهو بمنزلة عمها أو عم أبيها فلا ترثه وبرثه أخوها كالنسب

ومن مسائل ذلك رجل مات وخلف ابن معتقه وبنت معتقه فالمراث لابن معتقه خاصة وعلى الرواية الاخرى يكون الميراث بينهما أثلاثاً فإن لم يخلف إلا بنت معتقه فلا شيء لها وماله لبيت المال الاعلى الرواية الاخرى فإن الميراث لها، وإن خلف اخت معتقه فلا شيء لها رواية واحدة وكذلك ان خلف ام معتقه أو جدة معتقه أو غيرهما، وإن خلف أخا معتقه واخت معتقه فالمراث للاخ، ولو خلف بنت معتقه وابن عم معتقه أو معتق معتقه أو ابن معتق معتقه فاللأول دون البنت الاعلى الرواية الاخرى فإن لها النصف والباقي للعصبة، وإن خلف بنته ومعتقه فلينته النصف والباقي لمعتقه كما في قصة مولى

فبرائه بينهما أثلاثاً بالنسب فإذا مات العبد ورثه الرجل دون أخته لانه ابن المعتق أو أخوه فورثه بالنسب وهي مولاة المعتق، وعصبة المعتق مقدم على مولاه، وعلى الرواية التي تقول إن بنت المعتق ترث إذا اشترى أباهما يكون ميراث العبد بينهما أثلاثاً، فإن اشترى أخاها فعتق عليها ثم اشترى عبداً فأعتقه ومات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فيه انه لابن أخيها دونها لانه ابن أخي المعتق فإن لم يخلف الأخ إلا بنته فنصف مال العبد للاخت لأنها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبيت المال

(فصل) إذا خلف الميت بنت مولاه ومولى أبيه فاله لبيت المال لانه ثبت عليه الولاء من أجل مباشرته بالمعتق ولم يثبت عليه باعتاق أبيه، وإذا لم يكن لمولاه إلا بنت لم ترث لأنها ليست عصبة وإنما يرث عصباء المولى فإذا لم يكن له عصبة لم يرجع الى معتق أبيه وكذلك ان كان له معتق أب ومعتق جد ولم يكن هو معتق فبرائه لمعتق أبيه إن كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق أبيه ثم لمعتق معتق أبيه فإن لم يكن له أحد منهم فليبت المال ولا يرجع الى معتق جده، وإن كانت أمه حرة الاصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق أبيه شيء

(فصل) امرأة حرة لا ولاء عليها وأبواها رقيقان أعتق لإنسان أباهما ويتصور هذا في موضعين أحدهما أن يكونوا كفاراً فتسلم هي ويسبي أبواها فيسترقا والثاني أن يكون أبوها عبداً تزوج أمة على

بنت حمزة فإنه مات وخلف بنته وبنت حمزة التي أعتقته فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم بنته النصف والباقي لمولاته، وإن خلف ذا فرض سوى البنت كالأم أو الجدة أو الاخت أو الاخ من الأم أو الزوج أو الزوجة أو من لا يستغرق فرضه المال أو مولاه أو مولاته فإن لذي الفرض فرضه والباقي لمولاه أو مولاته في قول جمهور العلماء وقد سبق ذكر ذلك . رجل وابنته اعتقا عبداً ثم مات الأب وخلف ابنه وبنته فإله بينهما اثلاثاً ثم مات العبد فللبنت النصف لأنها مولاة لنصفه والباقي لابن المعتق خاصة الأعلى الرواية الضعيفة فإن الباقي يكون بينهما على ثلاثة فيكون للبنت الثلثان ولأخيها الثلث، وإن ماتت البنت قبل العبد وخلفت ابناً ثم مات العبد فلا يثبتها النصف والباقي لأخيها، ولو لم تخلف البنت إلا بنتاً كان الولاء كله لأخيها دون بنتها إلا على الرواية الأخرى فإن لبنتها النصف والباقي لأخيها وإن مات الابن قبل العبد وخلف بنتاً ثم مات العبد وخلف معتقة وبنت (١) أخيها فللمعتقة نصف ماله وباقيه لبنت المال وعلى الرواية الأخرى لها النصف باعتاقها ونصف الباقي لانتها بنت معتق النصف والباقي لمصبة بنتها، ولو كانت البنت ماتت أيضاً قبل العبد وخلفت ابنتها ثم مات العبد فلا يثبتها النصف ولا شيء لبنت أخيها . امرأة أعتقت أباها ثم اعتق أبوها عبداً ثم مات الأب ثم العبد فإلهما لها، فإن كان أبوها خلف بنتاً أخرى معها فإلهما ثلثا مال الأب بالنسب والباقي للمعتقة بالولاء ومال العبد جميعه للمعتقة دون أخيها ويخرج على الرواية الأخرى أن يكون لها ثلثا مال العبد أيضاً وباقيه للمعتقة، ولو كان الأب خلف مع المعتقة ابناً فالأب بينهما

(١) في نسخة معتقة
نصفه ونصف أخيها

أنها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق أبيها لم يرثها لأنه إنما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليها وهكذا الحكم فيها إذا تزوج عبد حرة الأصل فأولدها ولدأ ثم أعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق أبيه لأنه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت إحداهما أباها فمعتق عليها فإله ولاؤه وليس لها ولاء على أخيها فإذا مات أبوها فإلهما الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء . فإذا ماتت أختها فإله نصف ميراثها بالنسب وباقيه لمصبتها فإن لم يكن لها عصبه فالباقي لأختها بالرد ولا ميراث لها منها بالولاء لأنها لا ولاء عليها

(فصل في جر الولاء : قال الشيخ رضي الله عنه (كل من باشر العتق أو عتق عليه لا ينتقل عنه الولاء بحال لقوله عليه الصلاة والسلام « إنما الولاء لمن أعتق » فأما أن تزوج العبد معتقة فأولدها فولدها منه أحرار وعليهم الولاء لمولى أمهم يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا لكونه سبب الانعام عليهم بعتق أمهم فصاروا لذلك أحراراً فإن أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء وجر إليه ولاء أولاده عن مولى أمهم لأن الأب لو كان مملوكاً لم يكن يصلح وارثاً ولا ولياً في نكاح فكان ابنه كولد المملوغة ينقطع نسبه عن أبيه فيثبت الولاء لمولى أمه وانتسب إليها فإذا أعتق العبد صالح الانتساب إليه وعاد وارثاً حاكماً ولياً فصادت النسبة إليه وإلى مواليه بمنزلة مالهو استحق المملوغة ولده هذا قول جمهور الصحابة والعلماء يروى هذا عن عمر وعثمان وعلي والزبير وعبد الله وزيد بن ثابت ومروان وسعيد بن المسيب

اثلاثاً بالبنة ومال العبد كله للابن دون اخته المعتقة لانه يرث بالنسب والنسب مقدم على الولاء ولو خلف الاب أخاً أو عمّاً أو ابن عم مع البنت فلبنت نصف ميراث أبيها وباقيه لمصبتها ومال العبد لمصبتها ولا شيء لبنته فيه لان المصبة من النسب مقدم على المعتق في الميراث الاعلى رواية الحارفي فان لبنت نصف ميراث العبد لكونها بنت المعتق وباقيه لمصبتها. امرأة وأخوها اعتقا أباهما ثم اعتق أبوهما عبداً ثم مات الاب فإله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات العبد فإرائه للابن دون اخته لانه ابن المعتق يرثه بالنسب وهي مولاة المعتق ولأن المعتق يقدم على مولاة، فان مات أخوها قبل أبيه وخلف بنتاً فإله بين ابنته وابنه نصفين ثم اذا مات الاب فقد خلف بنته وبنت ابنه وبنته مولاة نصفه فلبنته النصف ولبنت ابنه السدس ويبقى الثلث لبنته نصفه وهو السدس لانها مولاة فلهه يبقى السدس لموالي الاخ إن كان ابن معتقه وم أخيه وموالي امه فلاخته نصف السدس والنصف الباقي لمولى امه فحصل لأخيه النصف والربع والسدس، وإن لم يكن ابن معتقه بل كانت امه حرة الاصل فلا ولأه عليه وتأخذ اخته الباقي كله بالرد إن لم يخاف الاب عصبه فان خلف الاب عصبه من نسبه كإخ أو عم أو ابن عم أو عم أب فلبنته النصف والباقي لمصبتها، ولو اشترى رجل واخته أخاهما ثم اشترى أخوهما عبداً فاعتقه ثم مات أخوهما فإله بينهما اثلاثاً ثم اذا مات عتيقه فإرائه لأخيه دون اخته، ولو مات الاخ المعتق قبل موت العبد وخلف ابنه ثم مات العبد فإرائه لابن أخيه دونها لانه ابن أخي المعتق، وإن لم يخاف الاخ لابنته فنصف مال العبد للاخت لانها معتقة نصف معتقه ولا شيء لبنت الاخ رواية واحدة والباقي لبنت المال

والحسن وابن سيرين وعمر ابن عبدالعزيز والنخعي وبه قال مالك والثوري والاوزاعي والليث وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق وأبو ثور ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لا ينجر من موالى الام وبه قال مالك بن أوس بن الحدثان والزهرى وميمون بن مهران وحيد بن عبد الرحمن وداود لان الولاء ملحمة كالحممة النسب والنسب لا يزول عن ثبت له فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان وزيد نحو هذا وأنكرهما ابن اللبان وقال مشهور عن عثمان أنه قضى بجر الولاء للزير عن رافع بن خديج .

ولنا أن الانتساب إلى الاب فكذلك الولاء ولذلك لو كانا حريين كان ولأه لمولى أبيه فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الام ضرورة فاذا أعتق الاب زالت الضرورة فسادت النسبة إليه والولاء إلى مواليه وروى عبدالرحمن عن الزير أنه لما قدم خير رأى فتية لمسا فأعجبه ظنهم وجألم فسأل عنهم فقيل موالى رافع بن خديج وأبوم مملوك لآل الحرقة فاشترى الزير أباهم فاعتقه وقال لأولاده انتسبوا إلي قان ولأهكم لي فقال رافع بن خديج الولاء لي فأنهم عتقوا بعتقي أمهم فاحتسكوا إلى عثمان ففضى بالولاء للزير فاجتمعت الصحابة عليه، اللبس سواد في الشفتين تستحسنه العرب ومثله اللبى قال ذوالرمة

لمساء في شفتيها حوة لبس وفي اللثات وفي أنيابها شني

(فصل) اذا خلف الميت بنت مولاة ومولى ابيه فانه لبيت المال لانه اذا ثبت عليه الولاء من جهة مباشرة بالعتق لم يثبت عليه باعتناق ابيه واذا لم يكن لمولاه الا ابنة لم ترث لانها ليست عصبة وانما يرث عصبات المولى فاذا لم يكن له عصبة لم يرجع الى معتق ابيه وكذلك ان كان له معتق أب أو معتق جد ولم يكن هو معتقا فيراثه لمعتق ابيه ان كان ابن معتقه ثم لعصبة معتق ابيه ثم لمعتق معتق ابيه فان لم يكن له احد منهم فليت المال ولا يرجع الى معتق جده، وان كانت امه حرة الاصل فلا ولاء عليه وليس لمعتق ابيه شيء.

(فصل) امرأة حرة لا ولاء عليها وابوها رقيقان اعتق انسان اباهما ويتصور هذا في موضعين (احدهما) ان يكون جميعهم كفارا فتسلم هي ويسبي ابوها فيسترقان (الثاني) ان يكون ابوها عبداً تزوج امه على انها حرة فولدتها ثم ماتت وخلفت معتق ابها لم يرثها لانه انما يرث بالولاء وهذه لا ولاء عليها وهكذا الحكم فيها اذا تزوج عبد حرة الاصل فأولدها ولداً ثم اعتق العبد ومات ثم مات الولد فلا ميراث لمعتق ابيه لانه لا ولاء عليه، ولو كان ابنتان على هذه الصفة اشترت احدهما اباهما فعتق عليها فلها ولاؤه وليس لها ولاء على اختها، فاذا مات ابوها فلها الثلثان بالنسب ولها الباقي بالولاء فاذا ماتت اختها فلها نصف ميراثه بالنسب وباقيه لعصبتها فان لم يكن لها عصبة فالباقي لاختها بالرد ولا ميراث لها، منها بالولاء لانها لا ولاء عليها (فصل) ولا يرث من اقارب المعتق ذو فرض مفرد كالاخ من الام والزوج لان الولاء للعصبات

(فصل) وحكم المكاتب يتزوج في كتابته ثم يعتق حكم العبد الفتي في جر الولاء وكذلك المدبر والمعلق عتقه بصفة لانهم عبيد فان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (فصل) وإذا أنجر الولاء إلى موالى الاب ثم انقضوا عاد الولاء الى بيت المال ولم يعد إلى موالى الام بحال في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن عباس أنه يعود إلى موالى الام والاول أصح لان الولاء جرى مجرى الانتساب ولو انقض الاب وآبؤه لم تعد النسبة إلى الام كذلك الولاء إذا ثبت هذا فولدت بعد عتق الاب كان ولاء ولدها لموالى أبيه بلا خلاف فان نفاه باللعان عاد ولاؤه إلى موالى الام لانا تبينا أنه لم يكن له أب ينتسب اليه فان عاد فاستأنقته عاد الولاء إلى موالى الاب. (فصل) ولا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة.

(أحدها) أن يكون الاب عبداً حين الولادة فان كان حراً وزوجته مولاة لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولده بحال وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه أبداً ولا جريه (الثاني) أن تكون الام مولاة فان لم تكن كذلك لم يخل إما أن يكون حر الاصل فلا ولاء على ولدهما بحال وهم أحرار بحريتها أو تكون أمة فولدها رقيق لسيدها فان أعنتهم فولأؤهم له لا ينجر عنه بحال سواء أعنتهم بعد ولادتهم أو أعتق أمهم حاملاً بهم فعتقوا بعتقها لان الولاء ثبت بالعتق مباشرة فلا ينجر عن المعتق أقواله عليه الصلاة والسلام «لما الولاء لمن أعتق» وإن أعتقها المولى

وليس هؤلاء عصبات فحكمهم حكم النساء وقد روى عن احمد انه قال لا يرث النساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن الا ان الملائنة ترث من اعتق ابنها وهذا يخرج على الرواية التي تقول ان الملائنة عصبه ابنها وهي احق بالميراث من عصبها فترث لكونها عصبه قائمة مقام ابيه فأما على الرواية الاخرى فان الولاء يكون لعصبها

﴿مسئلة﴾ قال (والولاء لا قرب عصبه المعتق)

وجملة ذلك ان المولى العتيق اذا لم يخلف من نسبه من يرث ماله كان ماله لمولاه على ما سلفناه فان كان مولاه ميتاً فهو لا قرب عصبته سواء كان ولداً او اباً او اخاً او عمّاً او ابن عمّاً او عمّاً اباً ، وسواء كان المعتق ذكراً او اُنثى ، فان لم يكن له نصبة من نسبه كان الميراث لمولاه ثم لعصبته الاقرب فالاقرب ثم لمولاه وكذلك ابدأ روي هذا عن عمر رضي الله عنه وبه قال الشعبي والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي والشافعي وابو حنيفة وصاحبه ، وقد روي عن علي ما يدل على ان مذهبه في امرأة ماتت وخلفت ابنها واخاها او ابن اخيها ان ميراث موالها لاختها وابن اخيها دون ابنها وروي عنه الرجوع الى مثل قول الجماعة فروي عن ابراهيم انه قال اختصم حلي والزيير في موالى صفة بنت عبدالمطلب فقال علي أنا احق بهم انا ارثهم واعقل عنهم وقال الزيير هم موالى امي وانا ارثهم فقضى عمر للزيير بالميراث

فأنت بولد لدون ستة أشهر فقد مسه الرق وعق بالمباشرة فلا ينجر ولاؤه وإن أنت به لا أكثر من ستة أشهر مع بقاء الزوجية لم يحكم بمس الرق له وانجر ولاؤه لانه يحتمل أن يكون جادناً بعد العتق فلم يمسه الرق ولم يحكم برقه بالشك وإن كانت المرأة بائناً وأنت بولد لأربع سنين من حين الفرقة لم يلحق بالأب كان من نكاح أو سفاح عربياً كان الزوج أو أعجمياً وهذا قول عامة الفقهاء . وعن عمر إن كان زوجها عربياً فولده حر وعليه قيمته ولا ولاء عليه . وعن احمد مثله وبه قال ابن المسيب والثوري والاوزاعي وأبو ثور والشافعي في القديم ثم رجع عنه والاول أولى لان أهمهم أمة فكانوا عبيداً كما لو كان أبوهم أعجمياً .

(الثالث) أن يعتق العبد سيده فان مات على الرق لم ينجر الولاء بحال وهذا لا خلاف فيه فان اختلف سيد العبد ومولى الام في العبد بعد موته فقال سيده مات حراً بعد جر الولاء وأنكر ذلك مولى الام فالقول قول مولى الام ذكره أبو بكر لان الاصل بقاء الرق وهذا مذهب الشافعي .

﴿مسئلة﴾ (وإن أعتق الجد لم ينجر ولدهم في أصبح الروايتين وعنه يجره)

قال احمد رحمه الله الجد لا ينجر الولاء ليس هو كالأب وبهذا قال أبو حنيفة وصاحبه وعن أحمد أنه يجره وبهذا قال شريح والشعبي والتخمي وأهل المدينة وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وابن المبارك وأبو ثور وضراد بن صرد والشافعي في أحد قوله فان أعتق الأب بعد ذلك جره عن

والعقل على علي رواه سعيد قال حدثنا أبو معاوية ثنا عبيدة الضبي عن إبراهيم وقال حدثنا هشيم ثنا الشيباني عن الشعبي قال قضى بولاء موالى صفية لزيد دون العباس وقضى عمر في موالى أم هانئ بنت أبي طالب لا يها جمدة بن هيرة دون علي ، وروى الإمام أحمد بإسناده عن زياد بن أبي مرثد أن امرأة اعتقت عبدا لها ثم توفيت وترك ابنها لها وأخاها ثم توفي مولاهما من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام « ميراث لابن المرأة » فقال آخرها يا رسول الله لو جر جريرة كانت علي وبكرن ميراثه لهذا ؟ قال نعم وروى بإسناده عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال « المولى أخ في الدين ومولى النعمة يرثه أولى الناس بالمعتق » إذا ثبت هذا فإن المنة إذا ماتت وخلفت ابنتها وأخاها أو ابن أخيها ثم مات مولاهما فميراثها لابنها وإن ماتت ابنتها بعدها وقبل مولاهما وترك عصبة كأمهائه وبني أعمامه ثم مات العبد وترك أخا مولاه وعصبة ابنتها فميراثها لأخي مولاه لأنه أقرب عصبة للمعتق فإن المرأة لو كانت هي الميتة أورثها أخوها وعصبتها فإن انقرض عصبتها كان بيت المال أحق به من عصبة أبيها يروى نحو هذا عن علي وبه قال إبان بن عثمان وقيصة بن ذؤيب وعطاء وطاوس وزهري وقتادة ومالك الشافعي وأهل العراق وروى عن علي رواية أخرى أنه لعصبة الابن وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب وبه قال شريح وهذا يرجع إلى أن الولاء لا يورث كما يورث المال وقد روى عن أحمد نحو هذا واحتجوا بأن عمرو بن

موالي الجد إليه لأن الجد يقوم مقام الأب في التصيب وأحكام النسب كذلك في جر الولاء وقال زفر إن كان الأب حياً لم يجر الجد الولاء وإن كان ميتاً جره وهو القول الثاني لشافعي ولنا أن الأصل بقاء الولاء لمستحقه وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بعق الأب والجد لا يساويه بدليل أنه لو عتق الأب بعد الجد جره عن مولى الجد إليه ولأنه لو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده ولأن الجد يدني بغيره ولا يستقر الولاء عليه فلم يجر الولاء كالأخ وكونه يقوم مقام الأب لا يلزم أن ينجر إليه الولاء كالأخ ، وإن قلنا أنه ينجر فلا فرق بين القريب والبعيد لأن البعيد يقوم مقام القريب ويقضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه ثم إن عتق الأب جر الولاء لأن كل واحد يحجب من فوقه ويسقط تعصبيه وأرثته وولايته، ولو لم يعق الجد لكن كان حراً وولده مملوك فزوج مولاة قوم فأولدها أولاداً فولأؤهم لمولى أمهم وعند من يقول بجر الجد الولاء يكون لمولى الجد فإن لم يكن الجد مولى بل كان حراً لأصل فلا ولاه على ولدائه فإن أعتق أبوه بعد ذلك لم يعد على ولده ولاه لأن الحرية ثبتت له من غير ولاه فلم يتجدد دعاه ولاه كالحرة الأصل (فصل) إذا زوج معتق بعتقة فأولدها ولدين فولأؤهما لمولى أبيهما فإن تقاهما باللعان عا دولاؤهما إلى مولى أمهما فإن مات أحدهما فميراثه لأمه ومواليها فإن أ كذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما واسترجع الميراث من مولى الأم، ولو كان أبوهما عبداً أو لم ينقها وورث موالى الأم الميت منها ثم أعتق الأب

شعيب روى عن أبيه عن جده أن رثاب بن خزيمة تزوج امرأة فولدت له ثلاثة غلة فماتت أمهم فورثوا عنها ولأولادها وكان عمرو بن العاص عصبية بنيتها فأخرجهم إلى الشام فأتوا قدام عمرو بن العاص ومات مولاهما وترك مالا لخاصته اخوتها إلى عمر فقال قال رسول الله ﷺ ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان قال وكتب له كتاباً فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف وزبد بن ثابت ورجل آخر قال فتحن فيه إلى السامة رواه أبو داود وابن ماجه في سننها والصحيح الأول قال الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل وإنما يورث به وهو باق للمعتق يورث به أقرب عصبائه ومن لم يكن من عصبائه لم يرث شيئاً وعصباء الابن غير عصباء أمه فلا يرث الأجانب منها يولاهم لثباتهم عصبائهم وحديث عمرو بن شعيب غلط قال حميد الناس يواطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث، فعلى هذا لا يرث المولى المتيق من أقارب معتقه إلا عصبائه الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصباء، ولا يرث ذو فرض بفرض ولا ذورحم، فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتصبب كالاب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم ورث بها فيه من التصبب ولم يرث بفرضه شيئاً وإن كان عصباء في درجة واحدة كالبنين وبنينهم والأخوة وبنينهم والأعمام وبنينهم انقسموا الميراث بينهم بالسوية وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأحوال الشاذة والله أعلم

لم يجر الولاء إلى موالى الأب ولم يكن لهم ولا للاب استرجاع الميراث لأن الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الأب وبفارق الأب إذا أكذب نفسه لأن النسب يثبت من حين خلف الولد .

﴿مسئلة﴾ (وإن اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولاؤه وولاء اخوته ويقتى ولاؤه لمولى أمه لانه لا يجر ولأه نفسه)

وهذا قول جمهور الفقهاء مالك في أهل المدينة ، وأبو حنيفة في أهل العراق والشافعي وشذ عمرو ابن دينار المدني فقال يجر ولأه نفسه فيصير جراً لأولاء عليه، قال ابن شريم ويحتمله قول الشافعي ولا تعويل على هذا القول لشذوذ ولاه يؤدي إلى أن يكون الولاء ثابتاً على أبويه دونة مع كونه مولوداً لهما في حال رقهما أو في حال ثبوت الولاء عليهما وليس لنا مثل هذا في الأصول ولا يمكن أن يكون مولى نفسه يعقل عنها ويرثها ويزوجها

﴿مسئلة﴾ (وإن اشترى هذا الولد عبداً فأعتقه ثم اشترى العبد أباً معتقه فأعتقه فانه يجر ولأه سيده) فيكون لهذا الولد على معتقه الولاء باعتاقه إياه وللمعتق ولأه معتقه بولائه على أبيه فصار كل واحد منهما مولى الآخر، مثل ذلك لو اعتق الحرابي عبداً فأسلم ثم أسره سيده فأعتقه صار كل واحد منهما مولى الآخر من فوق ومن أسفل ويرث كل واحد منهما الآخر بالولاء فانه كما جاز أن يشتركا في النسب فيرث كل واحد منهما صاحبه كذلك الولاء

(فصل) وإن تزوج ولد المعتقة معتقة وأولدها ولداً فاشترى جده عتق عليه وله ولاؤه ويجر إليه

(مسئلة) قال (واذا مات المعتق وخلف اباه معتقه وابن معتقه فلا ب معتقه السدس وما بقي فللابن)

نص أحد على هذا في رواية جماعة من أصحابه وكذلك قال في جد المعتق وابنه وقال ليس الجد والأخ والابن من السكبر في شيء يجزئهم على الميراث وهذا قول شريح والنخعي والاوزاعي والصبري وإسحاق وأبي يوسف ويروى عن زبد أن المال للابن وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والشعبي والحسن والحكم وقتادة وحماد والزهرري ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد والشانبي وأكثرفقهاء لان الابن أقرب العصبة والاب والجد يرثان معه بالفرض ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال ولنا أنه عصبة وارث فاستحق من الولاء كالأخوين ولا نسلم أن الابن أقرب من الاب بل هما في القرب سواء وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه وإنما يتفاضلان في الميراث فكذلك في الارث بالولاء. ولذلك يقدم الاب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرها وحكم الاب مع ابن الابن وان سفل حكم الجد وان على مع الابن وابنه سواء.

(مسئلة) قال (وان خلف أخا معتقه وجد معتقه فالولاء بينهما نصفين)

وبهذا قال عطاء والبيه وبجيبى الانصاري ومال اليه الاوزاعي وهو قول الشافعي وقول الثوري

ولاء أبيه وسائر أولاد جدده وهم عمومته وعماته وولاء جميع معتقهم ويبقى ولاء المشتري لمولى أم أبيه وعلى قول عمرو بن دينار يبقى حراً لا ولاء عليه
(فصل) وان تزوج عبد بمعتقة فأولدها ولدأ فتزوج الولد بمعتقة رجل فأولدها ولدأ فولاء هذا الولد الآخر لمولى أم أبيه في أحد الوجهين لان له الولاء على أبيه فكان له عليه كما لو كان مولى جدده، ولان الولاء الثابت على الاب ينضم ثبوت الولاء لمولى الام (والوجه الثاني) ولاؤه لمولى أمه لان الولاء الثابت على أبيه من جهة أمه ومثل ذلك ثابت في حق نفسه وما ثبت في حقه أولى مما ثبت في حق أبيه ألا ترى أنه لو كان له مولى ولا يسه مولى كان مولاه أحق به من موالي أبيه فان كان له مولى أم ومولى أم اب ومولى أم جد وجد أبيه مملوك فعلى الوجه الاول يكون لمولى ام الجد وعلى الثاني يكون لمولى الام .

(فصل) ولو تزوج معتق بمعتقة فأولدها بنتا وتزوج عبد بمعتقة فأولدها ابناً فتزوج هذا الابن بنت المعتقين فأولدها ولدأ فولاء هذا الولد لمولى أم أبيه لان له الولاء على أبيه وان تزوجت بنت المعتقين بمملوك فولاء ولدها لمولى أبيها لان ولدها له ، فان كان أبوها ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الام على الوجه الاول لان مولى أم أبي الام ينبت له الولاء على أبي الام فكان مقدماً على أمها ونبت له الولاء عليها

وأبي يوسف ومحمد والقدین نزّلوا الجدّ أباً جعلوا الجدّ أولى وورثوه وحده وروى عن زيد أن المال للأخ وهو قول مالك والشافعي لأن الأخ ابن الأب والجد أبوه والابن أحق من الأب ولنا أنهما عصبتان يرثان المال نصفين فكان الولاء بينهما نصفين كلاخوين وإن ترك جده ولده وابني أخيه مولاة فالمال لجده في قولهم جميعاً إلا مالك جعل الميراث لابن الأخ وإن سفل، وقاله الشافعي أيضاً لأن ابن الابن وإن سفل يقدم على الأب وليس هذا بصواب فإن ابن الأخ محبوب عن الميراث بالجد فكيف يقدم عليه ولأن الجد أولى بالمعق من ابن الأخ فيرث مولاة قول النبي ﷺ «المولى أخ في الدين وولي نعمة يرثه أحق الناس بالمعق» والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الأخ فيكون أولى لقول النبي ﷺ «ألقوا الفرائض بأهلها وما أثبتت الفروض فلا ولي رجل ذكر» وفي لفظ «لأولى عصبية ذكر» ولأن الجد أب فيقدم على ابن الأخ كالأب الحقيقي ولأنه يقدم في ميراث المال فقدم في الميراث بالولاء كسائر العصباء

(فصل) فإن اجتمع أخوة وجد فيرث المولى بينهم كالسيد، وإن اجتمع أخوة من أبوين وأخوة من أب عاد الأخوة من الأبوين الجد بالأخوة من الأب ثم ما حصل لم أخذه ولد الأبوين، وقال ابن شريح يحتمل أنه بينهم على عددهم ولا يعاد ولد الأبوين الجد بولد الأب ولنا أنه ميراث من الجد والأخوة فأشبه الميراث بالنسب، فإن كان مع الأخوة أخوات لم

﴿مسألة﴾ (وإذا ماتت امرأة وخلفت ابنها وعصبته ومولاها فولأؤها لابنها وعقله على عصبته لما روى إبراهيم قال اختصم علي والزبير في مولى صفة فقال علي مولى عمي وأنا أعقل عنه وقال الزبير مولى أمي وأنا أرثه فقضى عمر للزبير بالميراث وقضى علي بالعقل ذكره الامام أحمد ورواه سعيد في سننه وهي قصة مشهورة وعن الشعبي قال قضى بولاء صفة للزبير دون الباس وقضى بولاء أم هانئ لجمعة بن هيرة دون علي، ولا يتم كون العقل على العصبية والميراث للزبير كما قضى النبي ﷺ في ميراث التي قتلت هي وجنيتها لابنها وعقلها على العصبية وقد روى زياد بن أبي مريم أن امرأة اعتقت عبداً ثم توفيت وترك ابنها وأخاها ثم توفي مولاها من بعدها فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام «ميراثه لابن المرأة» فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا قال «نعم» وإنما ذكرنا هذا الحكم فيما إذا كانت المعتقة امرأة لأن المرأة لا نقل وابنها ليس من عشيرتها فلا يعقل عن معتقها ويعقل عنها عصبته من عشيرتها ولأن الأخبار التي رويها إنما وردت في المرأة. أما الرجل المعتق فإنه يعقل عنه معتقه لأنه عصبية من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لأنهما من عصبته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة

(فصل) فإن كان المولى حياً وهو رجل مائل موثر فعليه من العقل وله الميراث لأنه عصبية معتقه

يعتد بهن لانهن لا يرثن منفردات فلا يعتد بهن كالاخوة من الام ، وإن انفرد الاخوة من الاب مع
الجد فحكمهم حكم الاخوة من الابوين

(فصل) وان ترك جد مولاة وعم مولاة فهو لاجد وكذلك ان ترك جد أبي مولاة وبه يقول الثوري
والاوزاعي وأهل العراق ، وقال الشافعي هو للعم وبنيه وان سفلوا دون جد الاب وهو قياس قول مالك
قال الشافعي ومن جعل الجد والاخ سواء فجد الاب والعم سواء وهو أولى من ابن العم
ولنا قول النبي ﷺ يرثه أولى الناس بالمعتق والجد أولى بالمعتق بدليل أنه أولى الناس به
وولايته ويقدم في تزويجه والصلاة عليه وغير ذلك ، والعجب أن الشافعي رحمه الله نزل الجد أبا
في ولاية المال وولاية الاجبار على النكاح ووافق غيره في وجوب الانفاق عليه وله وعته على ابن
ابنه وعنتق ابن ابنة عايه وانتفاء القصاص عنه يقتل ابن ابنة والجد بقذفه وغير ذلك من أحكام الاب
ثم جعل أبعد العصبات أولى منه بالولاة.

(مسألة) قال (واذا هلك رجل عن ابنين ومولى فمات احد الابنين بعده عن ابن
ثم مات المولى فالولاة لابن معتقه لان الولاة للكبر ، ولو هلك الابنان بعده وقبل المولى
وخلف احدهما ابنا والآخر تسعة كان الولاة بينهم على عددم لكل واحد منهم عشرة)
هذا قول أكثر أهل العلم قال الامام أحمد روي هذا عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود ،

وإن كان صبيّاً أو معتوهاً فالعقل على نصباته والميراث له لانه ليس من أهل العقل فأشبه ما لو جنوا
جناية خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جني عليهم كان الارش لهم
(فصل) ولا يرث المولى من أسفل معتقه في قول عامة أهل العلم وحكي عن شريم وطاوس أنهما
ورثاه لما روى شعيب عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوشجة عن ابن عباس أن رجلاً توفي على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم وليس له وارث الا غلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه
رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى عن عمر مثل هذا ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم
« إنما الولاة لمن أعتق » ولانه لم ينعم عليه فلم يرثه كالأجنبي وأعطاه النبي ﷺ له ميراثه قضية في
عين تحتل أنه كان وارثاً بغير جهة الاعتاق ، ويكون قاعدة الحديث أن اعتاقه إياه لم ينعمه بميراثه ويحتمل
أنه أعطاه صلة ومفضلاً وإذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه وقال الشافعي في القديم يعقل عنه لان سيده
أنعم عليه فجاز أن يفرم عنه

ولنا أن العقل على العصبات وليس هو منهم وما ذكروه لا أصل له وينعكس بسائر المائلة فانه
لم ينعم عليهم ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى النسان دين آخر فقد غرم عنه وأنعم عليه ولا يعقل عنه

وروي سعيد ثنا هشيم ثنا أشعث بن سوار عن الشعبي أن عمر وعابا وابن مسعود وزيدا كانوا يجعلون الولاية للكبير ، وروي ذلك عن ابن عمر وأبي بن كعب وأبي مسعود البصري وأسامة بن زيد وبه قال عطاء وطاوس وسالم بن عبد الله والحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي والزهرى وقتادة وابن قسيط^(١) ومالك والثوري والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وداود كلهم قالوا الولاية للكبير وتفسيره أنه يرث المولى المعتقد من عصبات سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم موت العبد . قال ابن سيرين إذا مات المعتقد نظر إلى أقرب الناس إلا الذي أعتقه فيجعل ميراثه له ، وإذا مات السيد قبل مولاه لم ينتقل الولاية إلى عصبته لأن الولاية كالنسب لا ينتقل ولا يورث وإنما يورث به فهو باق للمعتقد أبداً لا يزول عنه بدليل قوله عليه السلام «أما الولاية لمن أعتق» وقوله «الولاية لحمة كل حمة النسب» وإنما يرث عصبته السيد مال مولاه بولاه معتقه لأنفس الولاية ، ويتضح معنى هذا القول بمسئلتي الحرقيتين ذكرناهما ههنا وهما إذا مات رجل عن ابنين ومولى فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المولى ورثه ابن معتقه دون ابن معتقه لأن ابن معتقه أقرب عصبته سيده ، ولومات السيد وخلف ابنا وابن ابنة لكان ميراثه لابنة دون ابن ابنة فكذلك إذا مات المولى ، والمسئلة الأخرى إذا هلك الابنان بعده وقبل مولاه وخلف أحدهما ابنا والآخر تسعة ثم مات المولى كان ميراثه بينهم على عددم لكل واحد منهم عشرة لأن السيد لومات كان ميراثه بينهم كذلك فكذلك ميراث مولاه ، ولو كان الولاية دوراً ولا انعكس الحكم في المسئلتين وكان الميراث في المسئلة الأولى بين الابن وابن الابن كان الابن ورثا الولاية عن أبيهما ماصار لابن الذي مات انتقل إلى ابنة فصار ميراث الولي بينه وبين عمه نصفين ، وفي المسئلة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاية بميراثه ذلك عن ابنة ولبن الابن الآخر النصف بينهم على عددهم وشذ شريح قال الولاية بمنزلة المال يورث عن المعتقد فمن ملك شيئاً حياته فهو لورثته وقد حكى عن عمر وعلي وابن عباس وابن المسيب نحوه هذا . وروي عن حنبل ومحمد بن الحكم

(فصل في دور الولاية) قال الشيخ رضي الله عنه (إذا اشترى ابن وبنت أباهما عتق عليهما وصار ولاؤه بينهما نصفين وجركل واحد نصف ولاه صاحبه ويبقى نصفه لمولى أمه) فان مات الأب ورثاه أختاً فإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب ثم إذا مات أخوها فبنيته لمواليه وهم أخته وموالي أمه فلموالي أمه النصف والنصف الآخر لموالي الأخت وهم أخوها وموالي أمها فلموالي الأم نصف ذلك وهو الربع ويبقى الربع وهو الجزء الدائر لانه خرج من الأخ وعاد إليه ففيه وجهان (أحدهما) أنه لموالي الأم لأن مقتضى كونه دائراً أن يدور أبداً وفي كل دورة يصير لمولى الأم نصفه ، ولا يزال كذلك حتى ينفد وهو قول الجمهور (والثاني) يجعل في بيت المال قال القاضي لانه مال لا مستحق له نفعه وهذا قول محمد بن الحسن وقياس قول مالك والشافعي والاولى أولى إن شاء الله تعالى .

(١) في نسخة

نشط

عن أحمد نحوه وغلطهما أبو بكر في روايتهما فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل قول الجمهور . قال أبو الحارث سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبير فقال كذا روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبير، إلى هذا القول أذهب، وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبداً ثم يموت ويخلف ابنيين فيموت أحد الابنين ويخلف ابنا فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق وليس لابن الابن شي، مع الابن وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرناه والقياس على المال

ولنا قول النبي ﷺ « المولى أخ في الدين وولي نعمة وأولى الناس به أقربهم من المعتق » وقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » وقوله « الولاء لجة كاحمة النسب » ولأنه من أسباب التوارث فلم يورث كالزوجة والنكاح ، ولأنه أجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته ، وحديث عمرو بن شعيب قد غلطه العلماء فيه ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاة الشعبي والائمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم، ولا يصح اعتبار الولاء بالمال لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض وإنما يورث به فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصبائه يوم موت العبد والمعتق فيكون هو الوارث المولى دون غيره كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده فإذا خلف ابن مولا وابن ابن مولا فماله لابن مولا ، وإن خلف ابن ابن مولا ونسعة بني ابن آخر لمولا فماله بينهم على عددم لكل واحد عشره لأنهم يرثون جدم كذلك ، ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه فمات ابنه بعده عن ابن ثم مات عتيقه فميراثه بين ابني الابن نصفين ، وفي قول شريح هو لابن الابن الذي كان حيا عند موت ابنه ، وإن مات السيد عن أخ من أب وابن أخ من أبيه فمات الاخ من الاب عن ابن ثم مات العتيق فماله لابن الأخ من الابوين وفي قول شريح هو لابن الاخ من الاب وإن لم يخلف عصبه من نسب مولا فماله لمولى مولا ثم لا قرب عصبائه ثم لمولى مولا فإذا انقرض عصبائه وموالي الموالى وعصبائهم فماله لبيت المال

(مسئلة) قال (ومن اعتق عبدا فولأؤه لابنه وعقله على عصبته)

هذه المسئلة محمولة على أن المعتق لم يخلف عصبه من نسبه ولا وارثا منهم إذ لو خلف وارثا من

(فصل) فإن كانت المسئلة بحالها إلا أن مكاتب الابن بنت فاشتريت أباهما عتق عليها وجر إليها ولأولادها فإذا مات الاب فلا ينتبه الثلثان بالنسب والباقي لمعتقه بالولاء فإن ماتت التي لم تشتريه بعد ذلك فمالها لأختها نصفه بالنسب ونصفه بأنها مولاة أبيها، ولو ماتت التي اشتريته فلا أختها النصف والباقي لموالي أمها فإن اشترت البنتان أباهما نصفين عتق عليهما وجر الى كل واحدة نصف ولأختها فإذا مات الاب فماله بين بنتيه بالنسب والولاء فإن ماتت احدهما بعد ذلك فلا أختها النصف بالنسب ونصف الباقي بما جر الاب إليها من ولاد نصفها فصار لها ثلاثة أرباع مالها والربع الباقي لمولى أمها ، فإن كانت احداهما

نسبه أو عصبته كانوا أحق بميراثه وعقله من عصبات مولاه وولده فليس في ذلك إشكال ، وإذا لم يخلف الابن مولاه وعصبة مولاه فإنه لابن مولاه لأنه أقرب عصبات المعتق ، وعقله أن جنى جنابة على عصبية مولاه إن كان للمعتق امرأة لما روى إبراهيم قال : اختصم علي والزبير في مولى صفية فقال علي مولى عمتي وأنا أعقل عنه ، وقال الزبير مولى أبي وأنا أرثه فقضى عمر لالزبير بالميراث وقضى علي بالاعقل . ذكر هذا الإمام أحمد ورواه سعيد في السنن وغيره وهي قضية مشهورة ، وعن الشعبي قال قضى بولاه صفية للزبير دون العباس وقضى بولاه أم هانئ لجعدة بن هبيرة دون علي ، ولا يتمتع كون العقل على العصبية والميراث لغيره كما قضى النبي ﷺ بميراث التي قتلت هي وجنينها لبنها وعقلها على العصبية . وقد روى زياد بن أبي مرهم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وترك ابنها وأخاها ثم توفي مولاهما من بعدها فأبى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه فقال عليه السلام « ميراثه لابن المرأة » فقال أخوها لو جر جريرة كانت علي ويكون ميراثه لهذا قال نعم ، وإنما حملنا مسألة الحرقي على ما إذا كان للمعتق امرأة لأن الأخبار التي رويناها إنما وردت فيها ولأن المرأة لا تعقل وابنها ليس من عشيرتها فلا تعقل عن معتقها وعقل عنها عصباتها من عشيرتها ، أما الرجل المعتق فإنه يعقل عن معتقه لأنه عصبية من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه لأنهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بابن المرأة والله أعلم

(فصل) فإن كان المولى حياً وهو رجل عاقل موفر فعليه من العقل وله الميراث لأنه عصبية معتقه ، وإن كان صبياً أو امرأة أو معتوها فالعقل على عصباته والميراث له لأنه ليس من أهل العقل فأشبهه ماله جنى جنابة خطأ كان العقل على عصباتهم ولو جنى عليهم كان الارش لهم

(فصل) ولا يرث المولى من أسفل ^(١) معتقه في قول عامة أهل العلم وحكي عن شريح وطاوس أنها ورثاه لما روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس أن رجلاً توفي على عهد رسول الله ﷺ وليس له وارث الاغلام له هو أعتقه فأعطاه رسول الله ﷺ ميراثه قال الترمذي هذا حديث حسن وروى عن عمرو نحو هذا

ولنا قول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » ولأنه لم ينم عليه فلم يرثه كالأجنبي وأعطاه النبي

مات قبل أبيها فمالها له ثم إذا مات الاب فللباقية نصف ميراث أبيها لكونها بنته ونصف الباقي وهو الربع لكونها مولاة نصفه يبقى الربع لموالي البنت التي ماتت قبله فنصفه لهذه البنت لأنها مولاة نصف أختها صار لها سبعة أثمان ميراثه ولمولى الام الميتة النصف لأن ماتت البنت الباقية بعدها فمالها لمواليها نصفه لموالي أسها ونصفه لموالي أختها الميتة وهم أختها ومولى أمها فنصفه لمولى أمها وهو الربع والربع الباقي يرجع إلى هذه الميتة فهذا الجزء دائر لأنه خرج من هذه الميتة ثم دار اليها ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما وهاتان المستلتان أصل في دور الولاء وفيها أقوال شاذة سواهما وهذا أصح ما قيل فيها إن شاء الله تعالى

(١) في نسخة من أصل معتقه

ﷺ له قضية في عين يحتمل أن يكون وارثاً بمجة غير الاعتاق وتكون فائدة الحديث أن اعتاقه له لم يمنعه ميراثه ويحتمل أنه أعطاه وصلة وتفضلاً، إذا ثبت أنه لا يرثه، فلا يعقل عنه وقال الشافعي في القديم يعقل عنه لأن سيده أنعم عليه فجاز أن يفرم عنه

ولنا أن العقل على العصبية وليس هذا منهم وما ذكره لأصل له وينعكس كسائر العقالة فإنه لم ينعم عليه ويعقلون عنه وينتقض بما إذا قضى انسان دين آخر فقد غرم عنه ولا يعقل

(فصل) فإن أسلم الرجل على يدي الرجل لم يرثه بذلك في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والشافعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقد روي عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يرثه وهو قول اسحاق وحكي عن إبراهيم أن له ولاؤه ويعقل عنه وعن ابن المسيب أن عقل عنه ورثه وإن لم يعقل عنه لم يرثه، وعن عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما أنه يرثه وإن لم يواله لما روى راشد بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ «من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه ويدي عنه» رواه سعيد وقال أيضاً حدثنا عيسى بن يونس ثنا معاوية بن يحيى الصدفي عن القاسم السامي عن أبي أمامة قال: قال رسول الله ﷺ «من أسلم على يديه رجل فله ولاؤه» وروى بإسناده عن نعيم الداري أنه قال يارسول الله ما أمانة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين فقال «هو أولى الناس بحياء وعماة» رواه أبو داود والترمذي وقال لأظنه اتصالاً

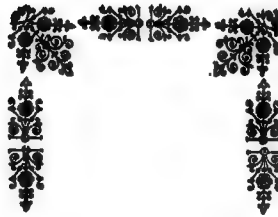
ولنا قول النبي ﷺ «إنما الولاء لمن اعتق» ولأن أسباب التوارث غير موجودة فيه وحديث راشد مرسل وحديث معاوية فيه أمارة بن يحيى الصدفي وهو ضعيف وحديث نعيم تكلم الترمذي فيه (فصل) وإن عاقد رجل رجلاً فقال عاقدة لك على أن ترثني وأرثك وتعقل عني واعتل عنك فلا حكم لهذا العقد ولا يتعلق به ارث ولا عقل، وبه قال الشافعي وقال الحكم وحما وأبو حنيفة هو عقد صحيح ولكل واحد منهما أن يرجع عنه ما لم يعقل واحد عن الآخر فإذا عقل عنه لزم ويرثه إذا لم يخلف ذارحهم لقوله تعالى (والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نعيمهم) ولأن هذا كالوصية ووصية الذي لا وارث له بجميع ماله جائزة .

فإن اشترت الابنتان أباهما ثم اشترى أبوهما هو والكبرى جدهما ثم مات الأب فإله بينهما أثلاثاً ثم إذا مات الجد وخلف ابنتي ابنته فلهما الثلثان والكبرى نصف الباقي لكونها مولاة نصفه يبقى السدس لموالي الأب لأنه مولى نصف الجد وهما ابنتاه فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه وللصغرى ربعه وسدسه فإن كانت بحالها فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لا ييهما فالجواب فيها كالتالي قبلها

(فصل) فإن اشترى ثلاث بنات أمهاتهن معتقات أباهن أثلاثاً عتق عليهن وجر إلى كل واحدة ثلث ولاء أختها فإن مات الأب كان ماله بينهما أثلاثاً بالنسب والولاء، فإن مات أحدهما بعده كان لاختيها الثلثان بالنسب وثلثا ما بقي بالولاء والباقي لموالي أمها وتصح من تسعة، ولو ماتت أحدهما ثم مات

ولنا قول النبي ﷺ «إنا الولاء لمن أعنت» ولان أسباب التوارث محصورة في رحم ونكاح وولاء وليس هذا منها والآية منسوخة بآية الميراث ولذلك لا يرث مع ذي رحم شيئا قال الحسن نسختها (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله) وقال مجاهد قاتلهم نعيبيهم من العقل والنصرة والرفادة وليس هذا بوصلة لان الوصي لا يعقل فله الرجوع وهذا عندم بخلافه
 (فصل) واقبط حر لا ولاء عليه في قول الجمهور وقها الامصار ، وروي عن عمر أن ولاءه لما تنطه وبه قال الليث واسحاق وعن ابراهيم ان نوى أن يرث منه فذلك وقد روي عن النبي ﷺ «المرأة تموز ثلاثة موارث لنبطها وعقبها وولدها الذي لا عنت عليه»
 ولنا قول النبي ﷺ «إنا الولاء لمن أعنت» ولانه ليس بقرابة ولا عتق ولا ذى نكاح فلا يرث كالأجنبي والحديث فيه كلام :

الاب قسم ماله على سبعة وعشرين لها الثلثان بالنسب وثلثا ما بقي بالولاء ويبقى التسع وهو حصص المينة فلها ثلثا لان لها ثاني ولانها لموالي أمها السدس والسدس الباقي للمينة قبلها لان لها ثلث ولانها أيضا فيكون هذا السدس بين مولى أم المينة الاولى والاثنين على ثلاثة فاضرب ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر لموالي أم المينة الاولى ثلاثة سهم للحية وسهم لموالي أمها وسهم يعود الى المينة الثانية لان لها ثلث ولانها فهذا هو السهم الدائر لانه خرج من الثانية الى الاولى ثم رجع اليها



كتاب الوديعة

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان آمن بضمك بمضا فليؤد الذي أوّمن أمانته) وأما السنة فقوله رسول الله ﷺ « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » وروي عنه عليه السلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردها على أهلها ، وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الابداع والاستيداع والعبرة بتقضيها فان بالناس اليها حاجة فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ويحتاجون الى من يحفظ لهم ، والوديعة فعيلة من يدع الشيء اذا تركه أي هي متروكة عند المودع ، واشتقاقها من السكون يقال ودع يدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة ، وقبل هي مشتقة من الخفض والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الامانة لان فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاوته ، وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها لقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) فان أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبوله لان المستودع متبرع بامساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل .

(مسألة) قال (وليس على مودع ضمان اذا لم يتعد)

وجك ان الوديعة أمانة فاذا تلفت بغير تقريط من المودع فليس عليه ضمان سواء ذهب معها شيء من مال المودع أو لم يذهب . هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى : إن ذهبت الوديعة من بين ماله غرمها لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله ، قل القاضي والاولى أصح لان الله

(باب الوديعة)

والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقوله تعالى (فان آمن بضمك بمضاً فليؤد الذي أوّمن أمانته) وأما السنة فقوله رسول الله صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردها على أهلها ، وأما الاجماع فأجمع علماء كل عصر على جواز الابداع والاستيداع والعبرة بتقضيها لحاجة الناس اليها فانه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم

فعلى سبيلها أمانة والضمان ينافي الأمانة ، وبروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « ليس على المستودع ضمان » وبروي عن الصحابة الذين ذكرناهم ولأن المستودع مؤتمن فلا يضمن ما تلف من غير تعدي ، وتفريطه كالذي ذهب مع ماله ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر لما يبناه من الحاجة إليها وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا ينافي ما ذكرنا ، فأما إن تعدى المستودع فيها أو فرط في حفظها انتقلت ضمنه بغير خلاف فعليه لأنه متلف للمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع (فصل) إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحمد في المودع إذا قال أنا ضامن لها فسرقت فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الأمانة كالضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكة

مسئلة (قال) فإن خلطها بماله وهي لا تتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله أو أودعها غيره فهو ضامن)

في هذه المسئلة ثلاث مسائل (إحداهن) أن المستودع إذا خلط الوديعة بما لم يتميز منه من ماله أو مال غيره ضمنها سواء خلطها بمثلها أو دونها أو أجود من جنسها أو غير جنسها مثل أن يخلط دراهم بدرام أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو بغيره وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن القاسم أن خلط دراهم بدرام على وجه الحرز لم يضمن ، وحكي عن مالك لا يضمن إلا أن يكون دونها لأنه لا يمكنه ردها إلا ناقصة

ولنا أنه خلطها بماله خلطا لا يتميز فوجب أن يضمنها كما لو خلطها بدونها ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر ، وإن أسره صاحبها

ويحتاجون إلى من يحفظها لهم والوديعة فميلة من ودع الشيء إذا تركه أي هي متروكة عند المودع واشتقاقها من السكون يقال ودع بدع فكأنها ساكنة عند المودع مستقرة وقيل هي مشتقة من الحفظ والدعة فكأنها في دعة عند المودع وقبولها مستحب لمن يعلم من نفسه الأمانة لأن فيه قضاء حاجة أخيه المؤمن ومعاوته وهي عقد جائز من الطرفين متى أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها للآية وإن ردها المستودع على صاحبها لزمه القبول لأن المستودع متبرع بما سلكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل (مسئلة) (وهي أمانة لا ضمان عليه فيها إلا أن يتعدى وإن تلفت من بين ماله لم يضمن في أصح الروايتين) وجملة ذلك أن الوديعة أمانة إذا تلفت من غير تعد ولا تفريط من المودع فليس عليه

بخطأها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لأنه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه ، وقد نقل منها عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخطئها فخطأها فضاءت الدرام فلا شيء عليه فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى ، وإن اختلطت هي بغير تغريط منه فلا ضمان عليه لأنها أو تلفت بذلك لم يضمن خطأها أولى وإن خطأها غيره فالضمان على من خطأها لأن العدوان منه فالضمان عليه كما لو ألتفها

(المسئلة الثانية) إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله وهو أن يحرزها بحرز مثلها فانه يضمنها، وحرز مثلها يذكر في باب القلع في السرقة وهذا إذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه فإن عين له لزمه حفظها فيما أمره به سواء كان حرز مثلها أو لم يكن ، وإن أحرزها بمثل أو أعلى منه لم يضمنها ، ويتخرج أن يضمنها إذا فعل ذلك من غير حاجة

(المسئلة الثالثة) إذا أودعها غيره ولها صورتان [إحداهما] أن يودعها غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب وهو قول شريح ومالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وإسحاق ، وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عليه لأن عليه حفظها وأحرزها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ولأنه يحفظ ماله بإداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزه

ولأنه خالف المودع فضمنها كما لو ساءل عن إيداعها وهذا صحيح فإنه أمره بحفظها بنفسه ولم يرض لها غيره ، فإذا ثبت هذا فإن له تضمين الأول وليس للأول الرجوع على الثاني لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين له لا ضمان عليه ، وإن أحب المالك تضمين الثاني فذكر القاضي أنه ليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد لأنه ذكر الضمان على الأول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لأنه قبض قبضاً موجباً للضمان على الأول فلم يوجب ضماناً آخر وفارق القبض من الغاصب فإنه لم يوجب الضمان على الغاصب إنما لزمه الضمان بالغصب ، ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضاً لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكه فضمنه كالتأبض من الغاصب ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر أحمد الضمان على الأول لا يفي الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم الغاصب

ضمان سواء ذهب مع ما شيء من مال المودع أو لم يذهب هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وبه قال شريح والنخعي ومالك وأبو الزناد والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أن ذهبت الوديعة من بين ماله ضمنها لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة ذهبت من بين ماله قال القاضي والأول أصح لأن الله تعالى سماها أمانة والضمان يتألف في الأمانة وروى الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس على المودع ضمان » ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعاً من غير نفع يرجع إليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من الاستيداع وذلك مضر لما ينه من الحاجة إليها وما روي عن عمر يحتمل على التغريط من أنس في حفظها فلا يتألف ما ذكرناه فإن تعدى المودع فيها

ولا ينبغي وجوبه على القابض منه فعلي هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وإن ضمن الثاني يرجع على الاول وهذا القول أشبه بالصواب وما ذكرنا لقول الاول لأصل له ثم هو متقضى بما إذا دفع الوديعة إلى انسان عارية ، أو هبة ، أو وديعة لنفسه ، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله كأمراته وغلالمه لم يضمن نص عليه احمد ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو سلمها إلى أجنبي ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله فأشبهه ماله وحفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية إلى الراعي أو دفع البهيمة إلى غلامه ليستقيها ويفارق الأجنبي فان دفعها إليه لا يعد حفظاً منه

(الصورة الثمانية) إذا كان له عذر مثل ان أراد سفرأ أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها لم يجز له دفعها إلى غيره فان فعل ضمنها لانه دفعها إلى غير مالسكها بغير اذن منه من غير عذر فضمنها كما لو أودعها في الصورة الاولى وإن لم يقدر على صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن لانه متبرع بامساكها فلا يلزمه استدانته ، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند قبضته ، وإن أودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لان غير الحاكم لا ولاية له وبمحتمل أن يجوز له ايداعها لانه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها وإن لم يقدر على الحاكم فأودعها ثقة لم يضمنها لانه وضع حاجة . وذكروا القاضي أن ظاهر كلام احمد أنه يضمنها ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة او مع قدرته على الحاكم وإن دفعها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإيداعها عنده وإن لم يعلم بها أحدأ ضمنها لانه فرط في حفظها فانه لا يأمن أن يموت في سفره فلا تصل إلى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وإن أعلم بها ثقة لا يدل على المسكن فقد فرط لانه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

أو فرط في حفظها ضمنها بغير خلاف علمناه لانه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أثلفه من غير استيداع (فصل) فان شرط المودع على المستودع ضمان الوديعة فقبله أو قال أنا ضامن لها لم يضمن قال أحد في المودع إذا قال أنا ضامن فسرقت فلا شيء عليه وكذلك كل ما أصله الامانة كالضاربة ومال الشركة والرهن والوكالة وبه قال الثوري وأسحاق وابن المنذر وذلك لانه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالسك (مسئلة) (ويلزمه حفظها في حرز مثلها)

إذا أودع وديعة ولم يبين المودع له موضعاً لها فان المودع يلزمه حفظها في حرز مثلها كما يحفظ ماله وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة فان لم يحفظها في حرز مثلها ضمنها لانه فرط فيها فان وضعها

(فصل) وان أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك ضمنها لانه يخالف لصاحبها وان لم يكن
نهاه لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر اليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها وان لم يكن
كذلك فله السفر بها

نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي
ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو أمين ضمنها لانه يسافر بها من غير ضرورة
أشبه مالو كان السفر مخوفا .

ولنا أنه نقلها الى موضع مأمون فلم يضمها كما لو نقلها في البلد ولانه سافر بها سفرأ غير مخوف
أشبه مالو لم يجد أحداً يتركها عنده ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالكم أو نائبه غير
أذنه فهو مفرط عليه الضمان لانه يفوت على صاحبها امكان استرجاعها ويخطر بها فان النبي ﷺ
قال : « ان المسافر وماله لملى قلت الا ما وقى الله » أي على هلاك ولا يلزم من الاذن في امساكها
على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فاما مع
غيبه المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه وضع حاجته فيختار فعل مافيه الخط
(فصل) وان حضره الموت فخكه حكم السفر على ما مضى من أحكامه الا في أخذها معه لان
كل واحد منهما سبب لخروج الوديعة عن يده .

(مسئله) قال (وان كانت غلة تخلطها في صحاح او صحاحا تخلطها في غلة فلا ضمان عليه)

يعني بالغلة المكسرة اذا خلطها بصحاح من ماله أو خلط الصحاح بالمكسرة لم يضمها لانها
تتميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها فلم يضمها كما لو تركها في صندوق وفيه أكياس
له . وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه اختلافاً ، وكذلك الحكم اذا خلط دراهم بدنانير ، وبيضا
بسود ، وقد حكى عن أحمد فيمن خلط دراهم ببيضا بسود يضمها ولعله قال ذلك لكونها تتكسب
منها سواداً أو يتغير لونها فتتقص قيمتها فان لم يكن فيها ضرر فلا ضمان عليه والله تعالى أعلم

في حرز مثلها ثم نقلها عنه الى حرز مثلها لم يضمها سواء نقلها الى مثل الاول او دونه لان صاحبها رد
حفظها الى رأيه واجتهاده واذن له في احرارها بما شاء من احرار مثلها ولهذا لو تركها في الثاني او لا
لم يضمها فكذلك اذا نقلها اليه ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فنقلها عنه
من غير خوف ضمنها لانه ليس بمودع إنما هو وكيل في حفظها وليس له اخراجها من ملك صاحبها
ولا من موضع استأجره لها الا أن يخاف عليها فعليه اخراجها لانه مأمور بحفظها وقد تعين حفظها في
اخراجها ويسلم ان صاحبها لو حضر في هذه الحال اخراجها ولانه مأمور بحفظها على صفة فاذا تعذرت الصفة
لزمه حفظها بدونها كما استودع اذا خاف عليها

(مسئلة) قال ولو أمره أن يجعلها في منزل فأخرجها من المنزل لنشيان نار أو سيل

أو شيء الغالب منه البوار فلا ضمان عليه)

وجملة ذلك أن رب الودعة إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظ فيه ولم ينحس عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه ممثّل لأمره غير مفرط في ماله وإن خاف عليها سيلا وتوى ، يعني هلاكا ، فأخرجها منه إلى حرزها فتلفت فلا ضمان عليه بغير خلاف أيضا لأن نقلها في هذه الحال يمين حفظها ، وهو مأمور بحفظها وإن تركها مع الخوف فتلفت ضمنها سواء تلفت بالأمر الخوف أو بغيره لأنه فرط في حفظها لأن حفظها نقلها وتركها تضييع لها وإن لم ينحس عليها فتلفها عن الحرز إلى دونه ضمنها لأنه خالفه في الحفظ المأمور به وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليها نظرنا فإن أمكنه أحرزها بمثله أو أعلى منه ضمنها أيضا لتربيته وإن لم يكن أحرزها إلا بما دونه لم يضمنها لأن أحرزها بذلك أحفظ لها من تركه وليس في وسعه سواء وإن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عذر فقال القاضي لا يضمنها وهو مذهب الشافعي لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن اكترى أرضا لزراعة حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ويمثّل كلام الحرز في لزوم الضمان لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل وإن نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ماله وأخرجها إلى مثله فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن إخراجها منه إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت ففيه وجهان أحدهما بضمن لما ذكرنا في التي قبلها والثاني لا يضمن لأنه ممثّل لقول صاحبها وفي أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وقيل أبو حنيفة إن نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لأن البيت من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر فأشبه ماله نقلها من زاوية إلى زاوية وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن

(مسئلة) (وإن عين صاحبها حرزا فجعلها في دونه ضمن)

وجملة ذلك أن المودع إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه فحفظها فيه ولم ينحس عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف لأنه ممثّل بغير مفرط وإن أحرزها في دونه ضمن لأنه مخالف ولأن صاحبها لم ير ضه
(مسئلة) (وإن أحرزها في مثله أو فوقه لم يضمن) وكذلك إن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير حاجة هذا قول القاضي وهو مذهب الشافعي لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله كمن اكترى أرضا لزراعة الحنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ولأن من رضي حرزا رضي مثله أو فوقه وقيل يضمن ويمثّل كلام الحرز لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه فلا يعدل عنه إلا بدليل وإن نقلها إلى أحرز منه فهو كما لو نقلها إلى مثله وإن فعله لحاجة لم يضمن لما نذكره

ولما أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فیضمن كما لو نقلها من دار إلى دار وليس مافرق به صحيحا لان ثبوت الدار يختلف فمنا ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى موضع الوقود أو إلى الانهدام أو أسهل فتعا أو بابه أسهل كسراً أو أضعف حائطا أو أسهل تقبا أو لكون المالك يسكن به أو يسكن في غيره وأشياء هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه فلا يجوز تفويت غرض رب الودیعة من تعيينه من غير ضرورة ، وإن خاف عليها في موضعها فعليه نقلها فان تركها فتلفت ضمنها لان نهي صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظها وحفظها ههنا في إخراجها أشبه ما لو لم ينه عن إخراجها فان قال لا تخرجها وإن خفت عليها فخرجها من غير خوف ضمنها وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركها فتلفت لم یضمنها لان نهيه مع خوف الملاك نص فيه وتصريح به فيكون ما دونها في تركها في تلك الحال فلم یضمنها لامتناله أمر صاحبها كما لو قال له اتلفها فأتلفها ولا یضمن إذا أخرجها لانه زیادة خير وحفظ لم یضمن به كما لو قال له اتلفها فلم یلتفها حتى تلفت

(فصل) وإن أودعه ودیعة ولم یفین له موضع إخراجها فان المودع یحفظها في حرز مثلاً أي موضع شاء فان وضعها في حرز ثم نقلها عنه إلى حرز مثلاً لم یضمنها سواء نقلها إلى مثل الاول أو دونه لان ربهارد حفظها الى رأيه واجتهاده وأذن له في إخراجها بما شاء من إحرار مثلاً ولهذا لو تركها في هذا الثاني أولاً لم یضمنها فكذلك إذا نقلها اليه ، ولو كانت العين في بيت صاحبها فقال لرجل احفظها في موضعها فتقلها عنه من غير خوف ضمنها لانه ایس بمودع إنما هو وكيل في حفظها وإیس له إخراجها من ملك صاحبها ولا من موضع استأجره لها إلا أن يخاف عليها فعليه إخراجها لانه ما دور یحفظها وقد تعین حفظها في إخراجها ویعلم أن صاحبها أو حضر في هذه الاحوال لا یرجى ولا یرى ما دور یحفظها على صفة فاذا تعذرت الصفة لزمه حفظها بدونها كالمستودع إذا خاف عليها

(فصل) إذا أخرج الودیعة المنعی عن إخراجها فتلفت وادعی أنه أخرجها لنشيان نار أو سبل أو شيء ظاهر فأنكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة أنه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لان هذا

﴿مسئلة﴾ وإن نهى المالك عن إخراجها فخرجها لنشيان شيء الغالب منه التوى لم یضمن وإن تركها فتلفت ضمنها وإن أخرجها لغير خوف ضمن

إذا نهى المالك عن إخراجها من ذلك المكان فالحكم فيه حكم ما لو لم ينهه على ما ذكرنا من الخلاف فيه فان أخرجها لشيء الغالب منه التوى مثل أن خاف عليها أنها أو هلاكاً لم یضمنها لانه غير مفرط في حفظها لان حفظها نقلها وتركها تضييع لها وإن نقلها في هذه الحال الى دون الحرز فان أمكنه إخراجها في مثله أو اعلى منه ضمنها لتفريطه وإن لم یمكنه لم یضمن لان إخراجها بذلك احفظ لها وليس في وسعه سواء وإن تركها فتلفت ضمن سواء تلفت بالامر الخوف أو بغيره لانه مفرط في حفظها لان حفظها في نقلها وتركها تضييع لها وفيه وجه آخر انه لا یضمن لانه امثل أمر صاحبها أشبه ما لو قال لا تخرجها وإن خفت عليها فان أخرجها لغير خوف ضمن سواء أخرجها

مما لا تعذر إقامة البيئة عليه لانه أمر ظاهر فاذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بيئة لانه تعذر إقامة البيئة فلم يطالب بها كالأودعي التلف بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في إخراجها من الخريطة والصندوق حكم إخراجها من البيت على ما مضى من التفصيل فيه

(فصل) ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لان البيت أحرز لها، وإن جاء بها في السوق فقال احفظها في بيتك فقام بها في الحال فتلفت فلا ضمان عليه، وإن تركها في مكانه أو ثيابه ولم يجعلها إلى بيته مع إمكانه فتلفت ضمنها لان بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا، ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضيه إلى منزله في العادة فتلفت لم يضمنها لان العادة أن الإنسان إذا أودع شيئاً وهو في مكانه أمسكه في مكانه أو في ثيابه إلى وقت مضيه إلى منزله فيستصحبه معه والمودع عالم بهذه الحالة راض بها ولو لم يرض بها لم يمسكها عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها فاما أن يعلم بهذا الشرط أو يردّها وإن قال اجعلها في مكان فجعلها في جيبه لم يضمنها لان الجيب أحرز لها لانه أغار به انسي فيسقط الشيء من كنه بخلاف الجيب وإن قال اجعلها في جيبك فتركها في كنه ضمنها لذلك وإن جعلها في يده ضمن أيضاً كذلك وإن قال اجعلها في كنه فتركها في يده ففيه وجهان أحدهما يضمن لان سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم والثاني لا يضمن لان اليد لا تسلط عليها الطرار بالباط والحكم بخلافه ولان كل واحد منهما أحرز من وجه فيتساويان وإن نصر الوجه الأول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من وجه وجب أن يضمن لانه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وآتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفة وعلى هذا لو أمر بتركها في يده فجعلها في كنه ضمن لذلك، وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة فعلى هذا إن أمر بتركها في يده فشدها في كنه عند غير المغالبة فلا ضمان عليه، وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمره بشدها في كنه فأمسكها في يده عند المغالبة لم يضمن وإن فعل ذلك عند غير المغالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطابقاً فتركها في جيبه أو شدها في كنه لم يضمنها وإن تركها في كنه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لانه مفرط وإن كانت ثبيلة يشعر بها لم يضمنها لان هذا عادة

إلى مثل الحرز أو دونه أو فوقه لانه خالف نص صاحبها لغير فائدة وهذا ظاهر كلام الشافعي وفيه قول آخر انه لا يضمن كما لو لم يمين له حرزاً وقد ذكرناه وهو قول القاضي وقال أبو حنيفة إن نهأ عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن لان البيتين من دار واحدة حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر فاشبهه ماله نقلها من زاوية إلى زاوية وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن

ولنا انه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه فيضمن كما لو نقلها من دار إلى دار ولا يصح هنا الفرق لان بيوت الدار تختلف فتحها ما هو أقرب إلى الطريق أو إلى الانهدام أو إلى موضع الوقود أو أسهل فتحاً أو أضعف حائطاً أو أسهل نقباً أو يكون المالك يسكن به أو غيره وأشباه هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه فلا يجوز تعويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة

الناس في حفظ أموالهم فإن شديداً على عضده لم يضمنها لأن ذلك أحفظ لها ، وقال القاضي إن شديداً من جانب الجيب لم يضمن وإن شديداً من الجانب الآخر ضمنها لأن الطرار يقدر على بطها بخلاف ما إذا شديداً مما يلي الجيب وهذا يبطل بما إذا تركها في جيبه أو شديداً في كفه فإن الطرار يقدر على بطها ولا يضمن وليس أمكن أحرارها بأحفظ الحزين مانعاً من أحرارها بما دونه إذا كان حرزاً بمثلها وشديداً على العضد حرزاً لها كيفما كان لأن الناس يحرمون به أموالهم فأشبه شديداً في الكم وتركها في الجيب ولكن لو أمره بشديداً مما يلي الجيب فشديداً من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشديداً مما يلي الجانب الآخر فشديداً مما يلي الجيب لم يضمن لأنه أحرز وإن أمره بشديداً على عضده مطلقاً أو أمره بحفظها معه فشديداً من أي الجانبين كان لم يضمن لأنه ممثلاً لأمر مالكها بحرزمثلها وإن شديداً على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها في بيته في حرزها .

(فصل) وإن أمره أن يجعلها في صندوق وقال لا تقفل عليها ولا تترك فوقها فخالفه في ذلك أو قال لا تقفل عليها إلا قفلاً واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لأنه خاف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها فأشبه ما لو نهأ عن إخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين عليها وزيادة الاحتياط بها ينهأ عنها عليها ويحتمل على الجدي في سرقتها والاحتياط لاخذها ولنا أن ذلك أحرز لها فلا يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكره .

(فصل) إذا قال اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل إليه قوماً فسرقتها أحدهم ضمنها لأنها ذهبت بتعديده ومخالفته وسواء سرقتها حال إدخالهم أو بعده لأنه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول إليها وإن سرقتها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لأن فعله لم يكن سبباً لانتلافها ويحتمل أن يلزمه الضمان لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل ولأنها

﴿مسألة﴾ (فإن قال لا تخرجها وإن خفت عليها فأخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمن)

إذا أخرجها في هذه الحال من غير خوف ضمنها لأنه مخالف شرط صاحبها لغير حاجة وإن أخرجها عند خوفه عليها أو تركها لم يضمن إذا تلفت مع خوف الملاك نص فيه وتصريح به فيكون مأذوناً في تركها في تلك الحال فلم يضمنها لامتناله أمر صاحبها أشبه ما لو أذن له في إتلافها ولا يضمن إذا أخرجها لأنه زاده خيراً وحفظاً فلم يضمن كما لو أذن له في إتلافها فلم يفعل حتى تلفت

(فصل) إذا أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها فتلفت فادعى أنه أخرجها لغشيان نار أو سيل أو أمر ظاهر وانكر صاحبها وجوده فعلى المستودع البينة أنه كان في ذلك الموضع ما ادعاه لأنه مما لا تعذر إقامة البينة عليه لظهوره فإذا ثبت ذلك كان القول قوله في التلف مع يمينه ولا يحتاج إلى بينة لأنه لا تعذر إقامة البينة فلم يطالب بها

مخالفة فوجب الضمان إذا كانت سببا لا تلافا فأوجبته وإن لم تكن سببا كما أوتناه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة .

(فصل) إذا قال ضم هذا الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمنه لأنها أغاظ وأحفظ له إلا أن لا يدخل فيها فيضه في أتملتها العليا فيضمنه أو ينكسر بها الغاظا عليه فيضمنه أيضا لأن مخالفته سبب لتلفه .

(مسئلة) قال (وإذا أودعه شيئا ثم سأل دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف فهو ضامن)

لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالها إذا طلبها فامكن أداؤها إليه بغير ضرورة وقد أمر الله تعالى بذلك فقال تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) وأمر به رسول الله ﷺ فقال «أد الأمانة إلى من ائتمنتك ولا تخن من خانك» يعني عند طلبها ولأنها حق لمالكها لم يتعاق بها حق غيره فلزم أدؤها إليه كالمصوب والدين الحال فان امتنع من دفعها في هذه الحال قتلت ضمنها لأنه صار غاصبا لكونه امسك مال غيره بشير إذنه بفعل محرم فأشبه الغاصب فأما إن طلبها في وقت لم يمكن دفعها إليه بعددها أو لحقها في طريقها أو لا يجوز عن حملها أو غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لأن الله تعالى لا يكلف نفسا الا وسعها وإن تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وإن قال أهلوني حتى أفضي صلاتي أو آكل فاني جائع أو أنام فاني ناعس أو يهضم عني الطعام فاني ممتل أمهل بقدر ذلك .

(فصل) رابح على المستودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت بمحللة مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لأنه قبض العين بالمنفعة مالها على الخصوص فلم تلزمه الغرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وإنما عليه التمكين من أخذها وإن سافر بها بغير إذن ربها فعليه ردّها إلى بلدّها لأنه بعدّها بغير إذن ربها فلزمه ردّها كالمغاصب

(مسئلة) قال (وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله فصاحبها غريم بها)

وجملته أن الرجل إذا مات وثبت أن عنده وديعة لم توجد بينهما فهي دين عليه يفرم من تركته فإن كان عليه دين سواها فهي والدين سواء فإن وفّت تركته بهما وإلا اقتسمها بالخصص وبهذا قال

كما لو ادعى تلفها بأمر خفي وهذا قول الشافعي والحكم في إخراجها من الخريطة والصندوق حكم إخراجها من البيت على ما ذكرنا من التفصيل

(فصل) ولو أمره أن يجعلها في منزله فتركها في ثيابه وخرج بها ضمنها لأن البيت أحرز لها وإن جاءه بها في السوق فقال احفظها في بيتك فقام بها في الحال قتلت لم يضمن وإن تركها في دكانه أو ثيابه ولم يجعلها إلى بيته مع إمكانه قتلت ضمنها لأن بيته أحرز لها هكذا قال أصحابنا

قال شيخنا ويحتمل أنه متى تركها عنده إلى وقت مضى إلى منزله فيصطحبه معه لم يضمن لأن المودع عالم بهذه العادة راض بها ولو لم يررض بها لشرط عليه خلافها وأمره بتعجيل حملها فاما إن يقبلها بهذا الشرط أو يردّها

الشعبي والنخعي وداود بن أبي هند ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وإسحاق وروى ذلك عن شريح ومسروق وعطاء وطاوس والزهرى وأبي جعفر محمد بن علي، وروى عن النخعي الامانة قبل الدين وقال الحارث العكلي: الدين قبل الامانة

ولنا أنها حقان وجبا في ذمته فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الودبعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع ان عندي ودبعة أو علي ودبعة لفلان أو ثبت بينة أنه مات وعنده ودبعة فأما إن كانت عنده ودبعة في حياته ولم توجد بينهما ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت ؟ ففيه وجهان (أحدهما) وجوب ضمانها لان الودبعة يجب ردها الا أن يثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولان الجهل بينهما كالجهل بها وذلك لا يستطرد (والثاني) لا ضمان عليه لان الودبعة أمانة والاصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي لبى واحد الوجهين لأصحاب الشافعي وظاهر المذهب الاول لان الاصل وجوب الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

(فصل) وان مات وعنده ودبعة معلومة بينهما فعلى ورثته تمكين صاحبها ان أخذها فان لم يعلم بموت صاحبها من أخذها وجب عليهم إعلامها وليس لهم إيساها قبل أن يعلم بها ربهما لانه لم يأتهم عليها وانما حصل مال غيرهم في أيديهم بمنزلة من أطارت الربيع إلى داره ثوبا وعلم به فعليه اعلام صاحبه به فان أخر ذلك مع الامكان ضمن كذا هاهنا ولا تثبت الودبعة إلا باقرار من الميت أو ورثته أو بينة تشهد بها وان وجد عليها مكتوب ودبعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الغارف كانت فيه ودبعة قبل هذا أو كان ودبعة اوروثهم عند غيره أو كانت ودبعة قابضها وكذا لو وجد في رزنامج أبيه ان لفلان عندي ودبعة لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك :

(مسئلة) قال (واذا طالبه بالودبعة فقال ما أودعني ثم قال ضاعت من حرز كان ضامنا لانه خرج من حال الامانة ولو قال مالك عندي شيء ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله ولا ضمان عليه

وجهة ذلك أنه اذا ادعى على رجل ودبعة فقال ما أودعني ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعني وهلك من حرزي لم يقل قوله ولزمه ضمانها وبهذا قال مالك والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لانه مكذب لانكاره الاول ومعتزف على نفسه بالكذب المنافي للامانة وان أقر له بتلفها من حرزه قبل جرده فلا ضمان عليه وان أقر أنها تلفت بعد جرده لم يسقط عنه

(مسئلة) (وان أودعه بهيمة فلم يعلقها حتى ماتت ضمنها إلا أن ينهأ المالك عن علفها) إذا أودعه بهيمة ولم يأمره بعلقها لزمه ذلك وبه قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه وبه قال أبو حنيفة لانه استحفظه لإيها ولم يأمره بعلقها والعلق على مالها فإذا لم يعلقها كان هو المقرط

الضمان لانه خرج بالجمود عن الامانة فصار ضامنا كمن طواب بالوديعة فامتنع من ردها وان أقام البيعة بتلفها بعد الجمود لم يسقط عنه الضمان لذلك وان شهدت بتلفها قبل الجمود من الحرز قبل تسمع بيته ؟ فنيه وجهان (أحدهما) لا تسمع لانه مكذب لما بانكاره الايداع (والثاني) تسمع بيته لان المودع او اعترف بذلك سقط حقه فتسمع البيعة به فان شهدت بالتلف من الحرز ولم تعين قبل الجمود ولا بعده واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا يتنفي بأمر متردد وأما اذا ادعى الوديعة فقال مالك عندي شيء أو لا تستحق علي شيئا فقالت البيعة بالايديع أو أقر به المودع ثم قال ضاعت من حرز كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا ينافي ما شهدت به البيعة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفریطه فلا شيء لمالكها عنده ولا يستحق عليه شيئا لكن ان ادعى تلفها بعد جموده أو قامت بيعة بتلفها بعد الجمود وانما كانت عنده حال جموده فعليه ضمانها لان جموده أوجب الضمان عليه نصار كالغاصب

(فصل) إذا نوى الحياة في الوديعة بالجمود أو الاستعمال ولم يفعل لم يصر ضامنا لانه لم يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمنها لانه أمسكها بنية الحياة فيضمنها كالمثلث بقصد التملك

ولنا قول النبي ﷺ « عني عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها ما لم تكلم به » أو تعمل به « ولا نه لم يضمن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق المثلث بقصد التملك فانه عمل فيها بأخذها نأوبا للحياة فيها فوجب الضمان بفعله النوي لا بمجرد النية ولو انقطعها قاصدا لتعريضها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كسائنتها ولو أخرجها بنية الاستعمال ولم يستعملها ضدها وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها ولنا انه تعدى بإخراجها اشبه ما لو استعمالها بخلاف ما اذا نقلها

(فصل) والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة بغير خلاف قال ابن المنذر أجمع

ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فاذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها فان ترك علفها حتى تلفت ضمنها لانه مفرط فيها فان أمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لحزمة صاحبها لانه أخذها منه على ذلك ولحزمة البهيمة فان الحيوان يجب احياءه بالعلف والسقي ويحتل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لان هذا تبرع به فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها كغير الوديعة والاوّل أولى ثم ينظر فان قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالاتفاق عليها أو يردّها عليه أو يأذن له في الاتفاق عليها ليرجع به فان عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فان وجد لصاحبها مالا اتفق عليها منه وإن لم يجد مالا قل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها أو اتفاه عليها أو لجارتها أو الاستدانة على صاحبها ويدفع إلى المودع لينفق عليها أو إلى غيره فينفق عليها إن رأى

كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت أن القول قوله وقال أكثرهم مع يمينه وإن ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه أيضاً ربه قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان دفعها إليه بغير بينة وإن كان أودعه إياها بينة لم يقبل قوله في الرد إلا بينة .

ولنا أنه أمين لا منفعة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير بينة كما لو أودع بغير بينة وإن قال دفعها إلى فلان بأمرك فأنكر مالكها إلا أن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهو قول بن أبي لبلبى وقال مالك والثوري والعنبري والشافعي أصحاب الرأي القول قول المالك لأن الأصل عدم الاذن وله تضمينه

ولنا أنه ادعى دفعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ولو اعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ننظر في المدفوع إليه فإن أقر أنه قبضه وكان الدفع في دين فقد برىء السكك وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه

وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة ولا يجب التمين على صاحب الوديعة لأن المودع مفرط لكونه أذن في قضاء يبرأه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه ، وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتاج إلى بينة لأن المودع يتقبل قوله في التالف والرد فلا فائدة في الأشهاد عليه فعلى هذا يخلف المودع ويبرأ ويخلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالكها

(فصل) وإذا أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها لزمه ذلك لوجهين (أحدهما) حرمة صاحبها لانه أخذها منه على ذلك (والثاني) حرمة البهيمة فإن الحيوان يجب أحيائه بالعلف والسقي ويحتمل أن لا يلزمه علفها إلا أن يقبل ذلك لأن هذا تبرع منه فلا يلزمه بمجرد أمر صاحبها بكفيرة الوديعة ، وإن أطلق ولم يأمره بعلفها لزمه ذلك أيضاً وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن لا يلزمه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لانه استحفظه إياها ولم يأمره بعلفها والعلف على مالكها فإذا لم يعلفها كان هو المفرط في ماله ولنا أنه لا يجوز اتلافها ولا التفريط فيها فإذا أمره بحفظها تضمن ذلك علفها وسقيها ثم ننظر فإن

ذلك ويجوز أن يأذن للمودع أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضاً من نفسه لنفسه وبكل ذلك إلى اجتهاده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا في قدر النفقة قبل قول المودع إذا ادعى التفقة بالمعروف وإن ادعى زيادة لم يقبل وإن اختلفا في قدر المدة فالقول قول صاحبها لأن الأصل عدم ذلك وإن لم يقدر على الحاكم فاتفق عليها محتسباً بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق لانه مأذون فيه عرفاً ولا تفريط منه إذ لم يجد حاكماً وإن فعل ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذن ففيه روايتان نص عليها فيما إذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير إذن الراهن (أحدهما) يرجع لانه مأذون فيه عرفاً (والثانية) لا يرجع لانه مفرط بترك استئذان الحاكم وإن أنفق من غير إيجاب مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع إمكانه ففي الرجوع أيضاً وجهان وجهها ما ذكرنا ومتى

قدر المستودع على صاحبها أو وكيله طالبه بالانفاق عليها أو بردها عليه أو يأذن له في الانفاق عليها ليرجع به ، فإذا عجز عن صاحبها أو وكيله رفع الامر إلى الحاكم فإن وجد لصاحبها مالا أنفق عليها منه وإن لم يجد مالا فعل ما يرى لصاحبها الحظ فيه من بيعها أو بيع بعضها وانفاقه عليها أو اجارتها أو الاستدانة على صاحبها من بيت المال أو من غيره ويدفع ذلك إلى المودع إن أراد ذلك لينفق عليها وإن رأى دفعه إلى غيره ليتولى الانفاق عليها جاز ، وإن استدان من المودع جاز أن يدفعه إليه ليتولى الانفاق عليها لانه أمين عليها ويجوز أن يأذن له الحاكم في أن ينفق عليها من ماله ويكون قابضا لنفسه من نفسه ويكل ذلك إلى اجتهداده في قدر ما ينفق ويرجع به على صاحبها فإن اختلفا في قدر النفقة فالقول قول المودع اذا ادعى النفقة بالمعروف ، وإن ادعى أكثر من ذلك لم يثبت له ، وإن اختلفا في قدر المدة التي أنفق فيها فالقول قول صاحبها لان الاصل عدم ذلك فان لم يتقدم على الحاكم فأنفق عليها محسوبا بالرجوع على صاحبها وأشهد على الرجوع رجع بما أنفق رواية واحدة لانه مأذون فيه عرفا ولا تفریط منه اذا لم يجد حاكما ، وإن فعل ذلك مع امكان استئذان الحاكم من غير اذنه فهل له الرجوع ؟ يخرج على روايتين نص عليهما فيما إذا أنفق على البهيمة المرهونة من غير اذن الراهن وفي الضامن اذا ضمن وأذن بغير اذن المضمون عنه هل يرجع به ؟ على روايتين (احدهما) يرجع به لانه مأذون فيه عرفا (والثانية) لا يرجع لانه مفرط بترك استئذان الحاكم ، وإن أنفق من غير اشداد مع العجز عن استئذان الحاكم أو مع امكانه ففي الرجوع وجهان أيضا كذلك ومتى علف البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمته على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه لان هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبهه المصرح به

(فصل) وإن أودعه البهيمة وقال لا تعلقها ولا تسقها لم يجوز له ترك علفها لان للحيوان حرمة في نفسه يجب احياؤه لحق الله تعالى ، فان علفها وسقاها كان كالتسم الذي قبله ، وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهذا قول عامة أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم يضمن لانه تعدى بترك علفها أشبه اذا لم

علق البهيمة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو أمر غلامه أو صاحبه ففعل ذلك كما يفعل في بهائمته على ما جرت به العادة فلا ضمان فيه لان هذا مأذون فيه عرفا لجريان العادة به فأشبهه المصرح به

(فصل) فان نهاه المالك عن علفها وسقيها لم يجوز له ترك علفها لان للحيوان حرمة في نفسه يجب احياؤه لحق الله تعالى فان علفها وسقاها فهو كما لو لم ينه وإن تركها حتى تلفت لم يضمنها وهو قول أكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم يضمن لانه تعدى بترك علفها أشبه ما إذا لم ينه وهو قول ابن المنذر لنهي رسول الله ﷺ عن إضاعة المال فيصير أمر مالكها وسكوته سواء

ولنا أنه يمثل قول صاحبها فلم يضمنها كما لو أمره بقتلها ففعل وكالوقال لا تخرج الوديسة وإن خفت عليها فيخاف عليها ولم يخرجها أو أمره بالقائها في نار وهذا ينتقض ماذكروه ونع ابن المنذر الحكم فيما اذا

ينته وهذا قول ابن المنذر لتهي رسول الله ﷺ عن اضاعة المال فيصير امره مالهما وسكرته سواء ولنا أنه مثل لامر صاحبها فلم يضمنها كما لو قال انتلها فقتلها وكما لو قال لا تخرج الوديعة وإن خنت عليها تخاف عليها ولم يخرجها أو امره صاحبها بالقتل في نار أو بحر وبهذا ينتقض ما ذكره ومنع ابن المنذر الحكم فيها إذا امره باتلافها وأتلفها لما تقدم ولا يصح لأنه ثابت لصاحبها فلم يغرم له شيئا كما لو استنابه في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو التأنيم أما حق الآدمي فلا يبقى مع اذنه في تفويته ولانها لم تتلف بفعله وإنما تلفت بترك المالك المأذون فيه أشبه ما لو قال له لا تخرجها إذا خفت عليها فلم يخرجها .

مسئلة (ولو كان في يده ودیعة فادعاهانفسان فقال أودعني أحدهما ولا أعرفه دينا أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه)

وجهه أن من كانت عنده ودیعة فادعاهانفسان فأقر بها لاحدهما سلمت إليه لان يده دليل ملكه فلو ادعاه لنفسه كان القول قوله فاذا أقر بها لغيره وجب أن يتقبل ويلزمه أن يحلف الآخر لانه منكر لحقه فان حلف برى وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها لانه فوتها عليه وكذلك لو أقر لثاني بها بعد أن أقر بها الاول سلمت الى الاول لانه استحقها باقراره وغرم قيمتها لثاني نص على هذا أحمد وإن أقر بها لهما جميعا فهي بينهما ويلزمه التمين لكل واحد منهما في نصها وإن قال هي لاحدهما لا أعرفه عينا فاعترفا له بجهله تعين المستحق لها فلا يمين عليه ، وإن ادعيا معرفته فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك ، وقال أبو حنيفة يحلف يمينين كما لو أنكر أنها لهما

ولنا أن الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها لاحدهما وبفارق ما إذا أنكرهما لان كل واحد منهما يدعي عليه انها له فهما دعويان فان حلف أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت إليه

امره باتلافها فاتلفها ولا يصح لانه نائب صاحبها فلم يغرم كالأستنا به في مباح والتحريم أثره في بقاء حق الله تعالى وهو الاثم اما حق الآدمي فلا يبقى مع اذنه في تفويته ولانها لم تتلف بفعله وإنما تلفت بترك المالك المأذون فيه أشبه ما إذا نهاه عن اخراجها مع الخوف فلم يخرجها

مسئلة (وإن قال اترك الوديعة في جيبك فتركها في كفه ضمن)

لانه ربما نسي فسقط الشيء من كفه وكذلك ان تركها في يده لان الجيب أحرز وان قال أتركها في كحك فتركها في جيبه لم يضمن لان الجيب أحرز على ما ذكرنا وان قال أتركها في كحك فتركها في يده احتمل وجهين احدهما يضمن لان سقوط الشيء من اليد مع النسيان أكثر من سقوطه من الكم (والثاني) لا يضمن لأن اليد لا ينسبط عليها الطرار بالبط بخلاف الكم ولأن كل واحد منهما أحرز من وجهه فتساويا ولين نص الاول أن يقول متى كان كل واحد منهما أحرز من

وقال الشافعي يتعالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطالعا وهو قول ابن أبي لبلب لأنه لا يعلم المالك منهما ، ولفظ الشافعي قول آخر أنها تنقسم بينهما كما لو أقر بها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي لبلب وهو قول أبي حنيفة رصاحيه فيما حكى عنهم قالوا ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منها لأنه فوت ما استودع بحمله

ولنا أنها تساوبا في الحق فيها ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبدین إذا أعتقتهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد السفر بأحدى نسائه ، وقول أبي حنيفة ليس بصحيح فإن العين لم تلتف ، ولو تأنت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه ، وليس في جهله تفريط إذا ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يجهل

(مسئلته) قال (ومن أودع شيئاً فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل لزمه مقدار ما أخذ) وجهلته أن من أودع شيئاً فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ فإن رده أو مثله لم يزل الضمان عنه ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه إذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي إن لم ينفق ما أخذه ورد لم يضمن وإن أنفق ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمة بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمفصول ، فأما سائر الوديع فيطر فيه فإن كان في كيس مختوم أو مشدود فكسر الختم أو حل الشد ضمن سواء أخرج منه أو لم يخرج لأنه هناك الحرز بفعل تعدي به ، وإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لأنه ما هناك الحرز ، وإن لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثياباً فأخذ منها واحداً ثم رده بعينه لم يضمن غيره لأنه لم يتعد في غيره وإن رده بدله وكان منه بزاز لم يضمن غيره لذلك وإن لم يكن متميزاً فظاهر كلام الحرقي ههنا أنه لا يضمن غيره لأن التعدي اختص به فيختص الضمان به وخالط الردود بغيره لا يقتضي الضمان لأنه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه إمكان ردها بخلاف ما إذا خلطه بغيره ولو أذن له صاحب الوديع في الأخذ منها ولم يأمره برد

وجه وجب أن يضمن لأنه فوت الوجه المأمور بالحفظ به وأتى بما لم يؤمر به فضمن لمخالفته وعلى هذا لو أمره بتركها في يده فجعلها في كفه ضمن كذلك وقال القاضي اليد أحرز عند المغالبة والسك أحرز عند عدم المغالبة فعلى هذا إن أمره بتركها في يده فشدّها في كفه من غير حال المغالبة فلا ضمان عليه وإن فعل ذلك عند المغالبة ضمن وإن أمره بحفظها مطلقاً فتركها في جيبه أو شدّها في كفه لم يضمنها وإن تركها في كفه غير مشدودة وكانت خفيفة لا يشعر بها إذا سقطت ضمنها لأنه مفترط وإن كانت ثقيلة يشعر بها لم يضمنها لأن هذا عادة الناس في حفظ أموالهم وإن شدّها على عضده لم يضمن لأن ذلك أحفظ لها وقال القاضي إن شدّها من جانب الجيب لم يضمنها وإن شدّها من الجانب الآخر ضمن لأن الطرار يقدر على بطا بخلاف ما إذا شدّها مما يلي الجيب وهذا يبطل بما إذا تركها في جيبه أو ربطها في كفه فإن الطرار

بدله فأخذتم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي بضمن الكل وهو قول الشافعي لانه خطأ الوديعة بما لا يتميز منها فضمن الكل كما لو خلطها بغير البدل وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم السكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لانه لم يتعد في غيره ولنا أنه هتك حرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعها إياها في صندوق مقفل ففتحه وتركه مفتوحا ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

(فصل) وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها الى صاحبها زال عنه الضمان ، فان ردها صاحبها اليه كان ابتداء استئمان وان لم يردّها اليه ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان بريء من الضمان في ظاهر المذهب لان الضمان حقه فاذا أبرأه منه بريء كما لو أبرأه من دين في ذمته ، وإذا جدد له استئمانا فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان ، وقد قال أصحابنا إذا رهن المفصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فهنا أولى

(فصل) ولو تعدى فليس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو ليخزنها ثم ردها الى موضعها بنية الامانة لم يبرأ من الضمان ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يبرأ لانه بمسك لها باذن مالِكها فأشبه ما قبل التعدي

ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جحدّها ثم أقر بها وبهذا يطّل ما ذكره (فصل) ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف فان أودع طفل أو معتوه إنسانا وديعة ضمنها بقبضها ولا يزول الضمان عنه بردها اليه وإنما يزول بدفعها الى وليه الناظر له في ماله أو الحاكم ، فان كان الصبي مميزاً صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه لانه كالبالغ بالنسبة الى ذلك فان أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة فتلفت لم يضمنها سواء حفظها أو فرط في حفظها ، فان أتلّفها أو أكلها ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي ، ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لانه سلطه على إتلافها بدفعها اليه فلا يلزمه ضمانها ، ألا ترى انه لو دفع إلى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عائلته

يقدر على بطها ولا يضمن وليس امكان حرزها بإحفظ الحرزين مانعاً من احرازها بما دونه اذا كان حرزاً مثلها وشدها على المضد حرز لها كيفما كان لان الناس يحرزون به أموالهم فأشبه شدها في الكم وتركها في الحيب لكن لو أمره بشدها بما يلي الحيب فشدها من الجانب الآخر ضمن وإن أمره بشدها بما يلي الجانب الآخر فشدها بما يلي الحيب لم يضمن لأنه أحرز وإن أمره بشدها على عضده مطلقاً أو أمره بحفظها معه فشدها من أي الجانبين كان لم يضمن لانه يمثل أمر مالِكها محرز لها بحرز مثلها وإن شدها على وسطه فهو أحرز لها وكذلك إن تركها في بيته في حرزها

(مسئلة) وإن أمره أن يجمعها في صندوق وقال لا تقفل عليها ولا تم فوقها فخالفه أو قال لا تقفل

ولنا ان ماضنه بالثلاثة قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ . ولا يصح قولهم انه سلطه على اتلافها وانما استحفظة اياها، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه (فصل) وان أودع عبداً وديعة خرج على الوجين في الصغير ان قلنا لا يضمن العبد فانلفها العبد كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته (فصل) وان غصبت الوديعة من المودع قهراً فلا ضمان عليه سواء أخذت من يده أو أكرهه على تسليمها فسلها بنفسه لان الاكراه عذر لها يبيح له دفعها فلم يضمنها كما لو أخذت من يده قهراً

(باب قسمة الفيء والغنيمة والصدقة)

الفيء هو الراجم الى المسلمين من مال الكفار بغير قتال، يقال فاء الفيء اذا رجم نحو المشرق والغنيمة ما أخذ منهم قهراً بالقتال واشتقاقها من الغنم وهو الفائدة وكل واحد منهما في الحقيقة فيء وغنيمة وانما خص كل واحد منهما باسم يميز به عن الآخر، والاصل فيها قول الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى) الآية وقوله سبحانه (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) الآية

(مسئلة) قال (والاموال ثلاثة فيء وغنيمة وصدقة)

يعني والله أعلم أن الاموال التي تليها الولاة من أموال المسلمين فانها ثلاثة أقسام: فبما يؤخذان من مال المشركين (أحدهما) الفيء وهو ما أخذ من مال مشرك لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب كالذي تركه نزعاً من المسلمين وهو بوا. والجزية عشر أموال أهل دار الحرب اذا دخلوا اليها تجاراً ونصف عشر تجارات أهل الذمة وخراج الارضين ومال من مات من المشركين ولا وارث له . والغنيمة ما أخذ بالنهر والقتال من الكفار ، والقسم الثالث الصدقة وهو ما أخذ من مال مسلم تطهيراً له وهو الزكاة وقد ذكرناها، يروى أن عمر رضى الله عنه قرأ تواله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين

عليها الا قفلاً واحداً فجعل عليها قفلين فلا ضمان عليه ذكره القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه يضمن لانه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها أشبه مالونها عن اخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها وترك قفلين وزيادة الاحتفاظ ينبه اللص عليها ويحتمل على الجدي في سرقتها والاحتياط لاخذها

ولنا أن ذلك أحرز لها فلم يضمن بفعله كما لو أمره بتركها في صحن الدار فتركها في البيت وبهذا ينتقض ما ذكره (فصل) وإن قال اجملها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل اليه قوماً فسرقها أحدهم ضمنها لانها ذهبت بتعديده وخالفته وسواء سرقها حال ادخالهم او بعده لانه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت وعلم موضعها وطريق الوصول اليها وإن سرقها من لم يدخل البيت فقال القاضي لا يضمن لأن فعله لم يكن (المفني والشرح الكبير) (٣٨) (الجزء السابع)

- حتى بلغ - عليه حليم) ثم قال هذه لمؤلا ثم قرأ (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة - حتى بلغ وابن السبيل) ثم قال هذه لمؤلا ثم قرأ (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاءوا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة ولئن عشت آياتين الراعي وهو يسر وحير نصيبه منها لم يهرق به جبينه

(فصل) ولم تكن الغنائم تحمل لمن مضى من الامم وانما علم الله ضعفنا فطبعها لنا رحمة لنا ورافة بنا وكرامة لنبينا ﷺ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « أعطيت خمسة لم يعطهن نبي قبلي - فذكر فيها - أحلت لي الغنائم » متفق عليه وقال سعيد حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لم تحمل الغنائم لقوم سود الردوس غيركم ، كانت تنزل نار من السماء فتأكلها » ثم كانت في أول الاسلام لرسول الله ﷺ بدليل قول الله تعالى (يستولونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) ثم صار أربعة أخماسها للغنائمين والخمس لغيرهم بدليل قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) فأضاف الغنيمة اليهم وجعل الخمس لغيرهم فبدل ذلك على أن سائرهما لم يجرى ذلك مجرى قوله تعالى (وورثه أبواؤه فلا منه الثلث) أضاف ميراث اليهما ثم جعل للام منه الثلث فدل على أن الباقي للاب وقال تعالى (فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا) فأحلها لهم

(مسئلة) قال (فالفيء ما أخذ من مال مشرك بحال ولم يوجف عليه بخيل ولا ركاب والغنيمة ما أوجف عليها)

الركاب الابل خاصة والايحاف أصله التحريك والمراد هنا الحركة في السير اليه . قال قتادة فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ما قطعتم راديا ولا سيرتم اليها دابة انما كانت حوائط بني النضير أعلمها الله رسول الله ﷺ قال ابو عبيد الايحاف الايضاع يعني الامراع ، وقال الزجاج الوجيف دون التقريب من السير يقال وجف الفرس وأوجفت أنا قال الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله منهم

شيئاً لا تلافى ويحتمل ان يضمن لان الداخل ربما دل عليها من لم يدخلها ولانها مخالفة توجب انضمان اذا كان شيئاً لا تلافى فأوجبته وإن لم يكن شيئاً كما لو نهاه عن اخراجها فأخرجها لغير حاجة ، وإن قال ضع هذا الحاقم في المختصر فوضعه في البنصر لم يضمن لانها أغاظ وأحفظ له الا أن لا يدخل فيها فيضه في أغاظها المليا أو يتكسر لفظها عليه فيضمنه في الموضعين لأن مخالفته سبب لتلفه

(مسئلة) (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله كزوجته أو عبده لم يضمن)

نص على هذا أحمد وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي يضمن لانه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها فضمنها كما لو دفعها إلى أجنبي

فأوجفتم عليه من خيل ولا ركاب / فكل ما أخذ من مال مشترك بغير إيجاب مثل الاموال التي يتركونها فزعا من المسلمين ونحو ذلك هو فيه وما أجلب عليه المسلمون وساروا اليه وقاتلوم عليه فهو غنيمة سواء أخذ عنوة أو استنزلوا أهله بأمان فإن النبي ﷺ افتتح حصون خيبر بعضها عنوة وبعضها استنزل أهله بالأمان فكانت غنيمة كلها

﴿مسألة﴾ قال (خمس النفي والغنيمة مقسوم على خمسة أسهم)

في هذه المسئلة فصول أربعة (أحدها) أن النفي مخروس كما تخمس الغنيمة في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي (والرواية الثانية) لا تخمس نفلها إلا طالب فقال : أما تخمس الغنيمة قال القاضي لم أجد بما قال الحنفي من أن النفي مخروس نصا فاحكيه وأنا نص على أنه غير مخروس وهذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر ولا ينفذ عن أحد قبل الشافعي في النفي خمس كخمس الغنيمة ، وأخبار عمر تدل على ما قاله الشافعي ولأن الله تعالى قال (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - إلى قوله - والذين جاءوا من بعدهم) الآية فجعله كله لهم ولم يذكر خمسا، ولما قرأ عمر هذه الآية قال : هذه استوعبت المسلمين، ووجه الأول قول الله تعالى (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فله ولرسوله ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم) فظاهر هذا أن جميعه هؤلاء هم أهل الخمس، وجاءت الاخبار عن عمر دالة على اشتراك جميع المسلمين فيه فوجب الجمع بينهما كيلا تتناقض الآية والاخبار وتعارض ، وفي إيجاب الخمس فيه جمع بينهما وتوفيق فإن خدمه الذي سمي في الآية وسائرهم يعرف إلى من في الخبر كالفنيمة ولأنه مال مشترك مظهر عليه فوجب أن يخمس كالفنيمة والركاز وروى البراء بن عازب قال لقيت خالي ومعه الزبارة قلت إلى أين ؟ فقال بهنئ رسول الله ﷺ إلى رجل عرس بأمرأة أيه ان أضرب عنقه وأخمس ماله

(الفصل الثاني) ان الفنيمة مخمسة ولا اختلاف في هذا بين أهل العلم بحمد الله ، وقد نطق به

ولنا أنه حفظها بما يحفظ به ماله أشبه ما إذا حفظها بنفسه وكما لو دفع الماشية إلى الراعي أو البهيمة إلى غلامه ليسقيها، ويفارق الاجنبي فان دفعها اليه لا يمد حفظاً منه

﴿مسألة﴾ (وإن دفعها إلى أجنبي أو حاكم ضمن وليس للمالك مطالبة الاجنبي وقال القاضي له ذلك) إذا دفع الوديعة إلى غيره لغير عذر فعليه الضمان بغير خلاف في المذهب الا أن يدفعها إلى من جرت عادته بحفظ ماله وقد ذكرناه في المسئلة قبلها وذكرنا الخلاف فيه، وقال شريح ومالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه واسحاق متى دفعها إلى أجنبي أو حاكم ضمن ، وقال ابن أبي ليلى لا ضمان عايه لأن عليه حفظها واحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به ولأنه يحفظ ماله بإيداعه فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزه

الكتاب العزيز فقال الله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان فلان خمسة) لكن اختلف في أشياء : منها سلب القاتل وأكثر أهل العلم على أنه لا يخمس فان عمر رضي الله عنه قال كنا لا نخمس السلب وقول النبي ﷺ « من قتل قتيلًا فلا سلبه » يقتضي أنه له كله ولو خمس لم يكن جميعه له وعن أبي قتادة أن رسول الله ﷺ نفعه سلب رجل قتله يوم حنين ولم يخمس . رواه عبيد بن سننه . ومنها اذا قال الامام من جاء بعشرة رؤس فله رأس ومن طلع الحصن فله كذا من النفل فالظاهر أن هذا غير مخموس لانه في معنى السلب . ومنها اذا قال الامام من أخذ شيئاً فهو له وقلنا يجوز ذلك فقد قيل لا خمس فيه لانه في معنى الذي قبله . والصحيح أن الخمس لا يسقط لانه يدخل في عموم الآية ولا يدخل في معنى السلب والنفل لان ترك تخميسهما لا يسقط خمس الغنيمة بالكلية وهذا يسقطه فلا يكون تخصيصاً بل نسخاً لحكمها ونسخها بالقياس غير جائز اتفاقاً . ومنها اذا دخل قوم لامنعة لهم دار الحرب بغير اذن الامام فقد قيل إن ما غنموه لهم من غير أن يخمس ، والصحيح انه يخمس ويدفع اليهم أربعة أخماسه لدخوله في عموم الآية وعدم دليل يوجب تخصيصه (الفصل الثالث) ان الخمس مما يجب خمسة من النفي والغنيمة شيء واحد في مصرفها وحكمها ولا اختلاف في هذا بين القائلين بوجوب الخمس فيهما فان القائل بوجوب الخمس في النفي غير من قاله من أصحابنا الشافعي وقد وافق على هذا فانه قال في النفي والغنيمة مجتمعان في ان فيهما الخمس لمن سماه الله تعالى يعني في سورة الانفال في قوله سبحانه وتعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة) الآية . وفي سورة الحشر في قوله تعالى (ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى) الآية . والمسمون في الآيتين شيء واحد

(الفصل الرابع) ان الخمس يقسم على خمسة أسهم وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي وقتادة وابن جريج والشافعي وقيل يقسم على ستة : سهم لله وسهم لرسوله لظاهر قوله تعالى (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسة ورسوله ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) فقد ستة وجعل الله تعالى لنفسه سهماً سادساً وهو مردود على عباد الله أهل الحاجة ، وقال أبو العالية سهم الله

ولنا أنه خالف المودع فضمنها كما لو نهاه عن ابداعها فانه أمره بحفظها بنفسه فلم يرض لها غيره فان فعل فتلفت عند الثاني مع علمه بالحال فله تضمين أيهما شاء لانها متعديان ، ويستقر ضمناها على الثاني لان التلف حصل عنده وقد دخل على أنه يضمن وإن لم يعلم الحال فله تضمين الاول ، وليس الاول الرجوع على الثاني لانه دخل معه في العقد على أنه أمين لضمان عليه ، وان أحب المالك تضمين الثاني فليس له تضمينه في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي لان أحمد ذكر الضمان على الاول فقط وهذا مذهب أبي حنيفة لانه قبض قبضاً موجباً للضمان على الاول فلم يوجب ضماناً آخر ، ويفارق القبض من الغاصب فانه لم يوجب الضمان على الغاصب انما لزمه الضمان بالنصب . قال شيخنا ويحتمل أن له تضمين اثنان أيضاً وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لانه قبض مال غيره على وجهه لم يكن له قبضه ولم يأذن له مالكة فيضمينه

عز وجل هو انه اذا عزل الخمس ضرب يده فما قبض عليه من شيء جعله للكعبة فهو الذي سمي الله لانجملوا له نصيبا فان الله الدنيا والآخرة ثم يقسم بقية السهم الذي عزله على خمسة أسهم ، وروي عن الحسن وقزادة في سهم ذي القربى كانت طعمة لرسول الله ﷺ في حياته فلما توفي حمل عليه أبو بكر وعمر في سبيل الله ، وروي ابن عباس ان أبا بكر وعمر قسما الخمس على ثلاثة أسهم ونحوه حكى عن الحسن بن محمد بن الحنفية وهو قول أصحاب الرأي قالوا يقسم الخمس على ثلاثة: البتاني والمساكين وابن السبيل وأسقطوا سهم رسول الله ﷺ بموته وسهم قرابته أيضا ، وقال مالك الفتي والخمس واحد يجعلان في بيت المال ، قال ابن القاسم وبإعني عن أثق به ان مالكا قال يعطي الامام أقرابه رسول الله ﷺ على ما يرى ، وقال الثوري والحسن بضمه الامام حيث أراه الله عز وجل

ولنا قول الله تعالى (واءملوا أنما غنمتم من شيء فان لله خمسة ولرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل) وسهم الله والرسول واحد كذا قال عطاء والشعبي ، وقال الحسن بن محمد ابن الحنفية وغيره قوله (فان لله خمسة) افتتاح كلام يعني ان ذكر الله تعالى لافتتاح الكلام باسمه تبركا به لا لافراده بسهم فان الله تعالى الدنيا والآخرة ، وقد روي عن ابن عمر وابن عباس قالا كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة وما ذكره أبو العالية فشيء لا يدل عليه رأي ولا يقتضيه قياس ولا يصار اليه إلا بنص صحيح بحسب التسليم له ولا نفعل في ذلك أثرا صحيحا سوى قوله ، فلا يترك ظاهر النص وقول رسول الله ﷺ وفعله من أجل قول أبي العالية ، وما قاله أبو حنيفة فمخالف لظاهر الآية فان الله تعالى سمي لرسوله وقرابته شيئا وجعل لها في الخمس حقا كما سمي الثلاثة الاصناف الباقية فمن خالف ذلك فقد خالف نص الكتاب ، وأما حمل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما على سهم ذي القربى في سبيل الله فقد ذكر لأحمد فسكت وحرك رأسه ولم يذهب اليه ورأى ان قول ابن عباس ومن وافقه أولى لموافقة كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فان ابن عباس لما سئل عن سهم ذي القربى فقال إنا كنا نزع من انه لنا فأبى ذلك علينا قومنا ، ولعله أراد بقوله أبى ذلك علينا قومنا فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في حملهما عليه في سبيل الله ومن تبعهما على ذلك ، ومتى اختلف الصحابة وكان

كالقايض من القايض ، وذكر أحمد الضمان على الاول لا ينفي الضمان عن الثاني كما أن الضمان يلزم القايض ولا ينفي وجوبه على القايض منه ، فلي هذا يستقر الضمان على الاول فان ضمنه لم يرجع على أحد وان ضمن الثاني رجع على الاول وهذا القول أقرب الى الصواب وما ذكرنا للقول الاول لأصل له ثم هو متقضى بما اذا دفع الوديعة الى النيان طرية أو به

﴿مسئلة﴾ (وان أراد سفراً أو خاف عليها عند ردها الى مالكيها أو وكيله في قبضها ان قدر على ذلك) ولم يجوز له دفعها الى الحاكم ولا الى غيره لانه ليس للحاكم ولاية على الحاضر فان فعل ضمنها لانه دفعها الى غير مالكيها بغير اذنه من غير عذر فضمنها كالصورة الاولى

قول بعضهم يوافق الكتاب والسنة كان أولى وقول ابن عباس يوافق الكتاب والسنة فان جبير بن مطعم روى ان رسول الله ﷺ لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخنس شيئا كما كان يقسم لبني هاشم ولبنى المطلب ، وان ابا بكر كان يقسم الخنس نحو قسم رسول الله ﷺ غير انه لم يكن يعطي قربي رسول الله ﷺ كما كان يعطيهم وكان عمر يعطيهم وعثمان من بعده رواه أحمد في مسنده وقد تكلم في رواية ابن عباس عن أبي بكر وعمر أنهما حملتا على سهم ذي القربى في سبيل الله قبل انه يرويه محمد بن مروان وهو ضعيف عن الكلابي وهو ضعيف أيضاً ولا يصح عند أهل النقل فان قالوا قال النبي ﷺ ليس ياتي فكيف يبقى سهمه ؟ قلنا جهة صرفه الى النبي ﷺ مصلحة المسلمين والمصالح باقية قال رسول الله ﷺ « ما يحمل لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه إلا الخنس وهو مردود عليكم » رواه سعيد

ثم قال (وسهم لرسول الله ﷺ بصرف في الكراع وال سلاح ومصالح المسلمين)

وهذا قول الشافعي فانه قال اختار أن يضعه الامام في كل أمر خمس به الاسلام وأهله من سد ثغر واعداد كراع أو سلاح أو اعطائه أهل البلاد في الاسلام ففلا عند الحرب وغير الحرب وهذا نحو ما قال الحنفي وهذا السهم كان لرسول الله ﷺ من الغنمة حضر أو لم يحضر كما أن سهم بنية أصحاب الخنس لم يحضروا أو لم يحضروا وكان رسول الله ﷺ يصنع به ماشاء فلما توفي رايه أبو بكر ولم يسقط بموته ، وقد قبل انما أضافه الله تعالى إلى نفسه وإلى رسوله ليعلم أن جهته جهة المصلحة وأنه ليس بمختص بالنبي ﷺ فيسقط بموته

وزعم قوم أنه سقط بموته ويرد على انصبا. الباقي من أهل الخنس لانهم شركاؤه ، وقال آخرون بل يرد على المتأخرين لانهم استحلوها بقتالهم وخرجت منها سهام منها سهم النبي ﷺ مادام حيا فاذا مات وجب رده الى من وجد سبب الاستحقاق فيه كما أن تركة الميت اذا خرج منها سهم بوصية ثم

(مسئلة) (فان لم يجد حمله معه ان كان أحفظ لها)

اذا أراد السفر بها وقد نها صاحبها عنه ضمنها لحالقتها وان لم ينه لکن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر اليه مخوف ضمنها لانه فرط في حفظها، وان لم يكن كذلك فله السفر بها نص عليه أحمد سواء كان به ضرورة الى السفر أو لم يكن وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي ان سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو امين ضمنها لانه سافر بها من غير ضرورة أشبه مالوكا السفر مخوفاً ولنا أنه نقلها الى موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها الى البلد ولانه سافر بها سفر غير مخوف أشبه مالوكا يجد أحداً يدعها عنده . قال شيخنا ويقوى عندي أنه متى سافر بها مع القدرة على مالها أو وكيله فيها بغير إذن فهو مفرط عليه الضمان لانه يفوت على صاحبها المكان استرجاعها ويخطر بها فان النبي صلي

بطلت الوصية رد إلى التركة وقالت طائفة هو للخليفة بعده لأن أبا بكر روى عن النبي ﷺ أنه قال « إذا أطعم الله نبيا طعمة ثم قبضه فهو للذي يقوم بها من بعده وقد رأيت أن أردّه على المسلمين » والصحيح أنه باق وأنه يصرف في مصالح المسلمين لكن الامام يقوم مقام النبي ﷺ في صرفه فيما يرى فان أبا بكر قال : لأدع أمرأ رأيت رسول الله ﷺ يصنعه فيه إلا منعته . متفق عليه، وروى عن الحسن بن محمد بن الحنفية أنه قال اختلفوا في هذين السهمين يعني سهم الرسول ﷺ وسهم ذي القربى فأجمع رأيهم على أن يحملوهما في الخيل والعدة في سبيل الله فكانا في خلافة أبي بكر وعمر في الخيل والعدة في سبيل الله

(فصل) وكان لرسول الله ﷺ من المغنم العتي وهو شيء يختاره من المغنم قبل القسمة كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه وهذا قول محمد بن سيرين والشعبي وقتادة وغيرهم من أهل العلم وقال أكثرهم ان ذلك انقطع بموت النبي ﷺ قال أحمد العتي انما كان للنبي ﷺ خاصة لم يبق بعده ولا نعلم مخانا لهذا إلا أبا ثور فإنه قال إن كان العتي ثابتا للنبي ﷺ فللامام أن يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبي ﷺ وبمجهله يحمل سهم النبي من خمس الخمس فجمع بين الشك فيه في حياة النبي ﷺ ومخالفة الاجماع في ابقائه بعد موته، قال ابن المنذر لأعلم أحدا سبق أبا ثور إلى هذا القول، وقد أنكر قوم كون العتي للنبي ﷺ واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ رفع وبرة من ظهر بعيره فقال « ما يحمل لي مما أماء الله عليكم ولا مثل هذه الا الخمس وهو مردود عليكم » رواه سعيد . ورواه أبو داود باسناده عن أبي امامة عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولان الله تعالى قال (واعلموا انما غنمتم من شيء - فإن لله خمسة) ففهو ماله أن ياقبها فانه انهم ولنا ما روى أبو داود باسناده أن النبي ﷺ كتب إلى بني زهير بن أقيش « إنكم ان شردتم أن لإله الا الله وأن محمداً رسول الله وأديتم الزكاة وأديتم الخمس من المغنم وسهم العتي انكم آمنون بامان الله ورسوله » وفي حديث وفد عبد القيس الذي رواه ابن عباس وان يهبطوا سهم النبي ﷺ والعتي

الله عليه وسلم قال « المسافر وماله على قلت الا ما وقى الله » أي على هلاك ولا يلزم من الاذن في امساكها على وجه لا يتضمن هذا الخطر ولا يفوت امكان ردها على صاحبها الاذن فيما يتضمن ذلك فأما مع غيبة المالك ووكيله فله السفر بها اذا كان أحفظ لها لانه موضع حاجة فيختار ما فيه الحظ وهذا الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح .

(مسألة) (فان لم يجد صاحبها ولا وكيله فله دفعها إلى الحاكم سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن) لانه منبرع بامساكها فلا يلزمه استدانته والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته فان اودعها مع قدرته على الحاكم ضمنها لان غير الحاكم لا ولاية له، ويحتمل ان يجوز له ايداعها لانه قد يكون احفظ لها واحب إلى صاحبها وان لم يقدر على الحاكم فادعها ثقة لم يضمنها لانه موضع حاجة ، وذكر القاضي ان ظاهر كلام احمد انه

وقالت عائشة كانت صفة من الصفي . رواه أبو داود ، وأما انقطاعه بعد النبي ﷺ فثبت بإجماع الامة قبل أبي ثور ويده عليه وكون أبي بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم لم يأخذوه ولا ذكره أحد منهم ولا يجمعون على ترك سنة النبي ﷺ

﴿مسئلة﴾ قال (وخمس مقسوم في صلبية بني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف حيث كانوا للذكر مثل حظ الانثيين)

يعني بقوله في صلبية بني هاشم أولاده دون من يعد معهم من مواليتهم وحلفائهم . وفي هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أن سهم ذي القربي ثابت بعد موت النبي ﷺ وقد مضى ذكر ذلك والخلاف فيه وقد ذكرهم الله تعالى في كتابه من ذوي السهام، وثبت أن النبي ﷺ كان يعطيهم فروي جبير بن مطعم قال وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربي في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس وذكر الحديث رواه أبو داود ولم يأت لذلك نسخ ولا تغيير فوجب القول به والعمل بحكمه قال أحمد ثنا وكيع ثنا أبو معشر عن المقبري قال كتب نجدة إلى ابن عباس يسأله عن سهم ذي القربي فكاتب ابن عباس إنا كنا نزعم أنه لنا فأبى ذلك علينا قومنا قال أحمد أما أذهب إلى أنه لقراءة النبي ﷺ على ما قال ابن عباس هو لنا

(الفصل الثاني) أن ذا القربي هم بنو هاشم وبنو المطلب ابني عبد مناف دون غيرهم بدليل ما روى جبير بن مطعم قال لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربي من خير بن بن هاشم وبني المطلب أنيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله ﷺ فقلنا يا رسول الله أما بنو هاشم فلا نشكر فضلهم لمساكنك الذي وضعك الله به منهم فما بال اخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركنا وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة فقال إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء

يضمنها ثم تأول كلامه على انه اودعها من غير حاجة او مع قدرته على الحاكم (مسئلة) (فان تعذر ذلك اودعها ثقة اودقنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار فان دقنها ولم يعلم بها أحداً أو اعلم بها من لا يسكن الدار ضمنها)

إذا دقنها في موضع واعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يضرها الدفن فهو كإدعائها عنده، وإن لم يعلم بها أحداً ضمنها لانه فرط في حفظها فانه لا يامن ان يموت في سفره فلا تصل الى صاحبها وربما نسي مكانها أو أصابها آفة من هدم أو حرق أو غرق فتضيع ، وإن أعلم بها غير ثقة ضمنها لانه ربما أخذها وكذلك إن أعلم بها ثقة لا يبدله على المكان لانه لم يودعها إياه ولا يقدر على الاحتفاظ بها.

(فصل) وإن حضره الموت فخكه حكم السفر على ما مضى من أحكامه إلا في أخذها معه لأن كل

واحد منها سبب لخروجها عن يده

واحد وشبك بين أصابعه وفي رواية «أنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام» رواه أحمد والبخاري
فرعى لهم النبي ﷺ نصرتهم ومواقفتهم بني هاشم ومن كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم لم يستحق
شيئا لأن النبي ﷺ لم يدفع إلى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئا وإنما دفع إلى أقارب أبيه ولو دفع
إلى أقارب أمه لدفع إلى بني زهرة، وخبر جبير يدل على أنه لم يعطهم شيئا ولم يدفع أيضا إلى بني عماته
وم الزبير بن العوام وعبدالله والمهاجر ابنا أبي أمية وبنو جحش

(الفصل الثالث) أنه يشترك فيه الذكر والاشئ لدخولهم في اسم القرابة واختلفت الرواية في
قسمته بينهم فمن أحد أنه يقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهو اختيار الحنفي ومذهب الشافعي
لأنه سهم استحق بقرابة الاب شرعا ففضل فيه الذكر على الاشئ كالإيراث، وبفارق الوصية وميراث
ولد الام فإن الوصية استحققت بقول الموصي وميراث ولد الام استحق بقرابة الام والرواية الثانية
يسوي بين الذكر والاشئ وهو قول أبي ثور والمزني وابن المنذر لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر
والاشئ فيها سواء. فأشبه مالو أوصى لقرابة فلان أو وقف عليهم، ألا ترى أن الجد يأخذ مع الاب
وابن الابن يأخذ مع الابن؟ وهذا يدل على مخالفة الميراث ولأنه سهم من خمس الخمس لجأه فيستوي
فيه الذكر والانثى كسائر سهامه ويسوي بين الصغير والكبير على الروايتين لاستوائهم في
القرابة فأشبه الميراث.

(الفصل الرابع) أنه يفرق بينهم حيث كانوا من الأمصار ويجب تعميمهم به حسب الامكان
ومذا قول الشافعي، وقال بعضهم يخص أهل كل ناحية بخمس مغزاها الذي ليس لهم مغزى سواء فما
يؤخذ من مغزى الروم لأهل الشام والعراق وما يؤخذ من مغزى الترك لمن في خراسان من ذوي
القربى لما يلحق من الماشقة في نقله من المشرق إلى المغرب ولأنه يتعذر تعميمهم به فلم يجب كسائر أهل
السم، ووجه الاول أنه سهم يستحق بقرابة الاب فوجب دفعه إلى جميع المستحقين كالإيراث، فعلى

﴿مسئلة﴾ (وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ولبس الثوب أو أخذ الوديعة ليستعملها أو
ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الامانة ضمن لتعديبه ولم يزل عنه الضمان بردها)
وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنه بمسك لها باذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي
ولنا أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جردها ثم أقر بها وبهذا يبطل ما ذكره
﴿مسئلة﴾ (فان جردها ثم أقر بها فتلفت ضمنها)

لأنه بمجرد جردها خرج عن الاستئمان عليها فلم يزل عنه الضمان بالافرار بها لأن يده صارت يد عدوان
﴿مسئلة﴾ (فان كسر ختم كيسها أو كانت مشدودة فخل الشد ضمن)

سواء أخرج منها شيئا أو لم يخرج لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به فان خرق الكيس فوق
(المغني والشرح الكبير) (٣٩) (الجزء السابع)

هذا يبعث الامام إلى عماله في الاقاليم وينظروكم حصل من ذلك فان استوت فيه فرق كل خمس فيمن قاربه وان اختلفت أمر يحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه كاليراث، وفارق الصدقة حيث لا تنقل لان كل بلد لا يكاد يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله والخمس يؤخذ في بعض الاقاليم فلولم ينقل لأدنى إلى اعطاء البعض وحرمان البعض، والصحيح ان شاء الله أنه لا يجب التعميم لانه يتعذر فلم يجب كتعميم المساكين وما ذكر من بعث الامام عماله وسعائه فهو متعذر في زماننا لان الامام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الاسلام ولم يبق له جبة في الفوز ولا له فيه أمر ولان هذا سهم من سهام الخمس فلم يجب تعميمه كسائر سهامه، وعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده .

(الفصل الخامس) أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء وهذا قول الشافعي وأبي ثور وقيل لاحق فيه

لفني قياسا له على بقية السهام

وانا عموم قوله تعالى (والذي القربى) وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل ، ولان النبي ﷺ كان يعطي اقاربه كلهم وفيهم الاغنياء كالعباس وغيره ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم . وقد روى الامام أحمد في مسنده ان النبي ﷺ أعطى الزبير سهما وأمه سهما وفرسه سهمين، وانما أعطى أمه من سهم ذى القربى وقد كانت مرسدة لها بوال ومال ، ولانه مال مستحق باقرباؤه فاستوى فيه الفني والفقير كاليراث والوصية للأقارب، ولان عثمان وجبير أطلبيا حقهما منه وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران فعلمه النبي ﷺ بنصرة بني المطلب دونهم وكونهم مع بني هاشم كاشي الواحد ولو كان اليسار مائما والفقير شرطا لم يطلبيا مع عدمه وامل النبي ﷺ منهما ما يسارهما واتفاه فقرهما

﴿مسئلة﴾ قال (والخمس الثالث لليتامى)

وم الذين لا آباء لهم ولم يلفوا الحلم فان النبي ﷺ قال « لا ينتم بعد احتلام » قال بعض اصحابنا لا يستحقون الا مع الفقر وهو المشهور من مذهب الشافعي لان ذا الاب لا يستحق والمال أنفع من وجود الاب ولاه صرف اليهم لحاجتهم فان اسم اليتيم يطلق عليهم في العرف لرحمة ومن

الشد فعليه ضمان ما خرق خاصة لانه ما هتك الحرز وقال أبو حنيفة إذا كسر ختم السكيس لم يلزمه ضمان الوديعة لانه لم يتعد في غيره

وانا أنه هتك حرزها فضمنها إذا تلفت كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل ففتحته وتركه مفتوحا ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم

﴿مسئلة﴾ (وان خلطها بما لا تتميز منه ضمنها)

إذا خلطها بما لا تتميز منه من ماله أو من مال غيره ضمنها سواء خلطها بمائها أو دونها أو أجود من جنسها أو من غير جنسها مثل أن يخلط الدراهم بدراهم أو دهنا بدهن كالزيت بالزيت أو السمن أو غيره

كان اعطاه. لذلك اعتبرت الحاجة فيه، وفارق ذوي القربى فانهم استحقوا ان يربهم من رسول الله ﷺ تكروماً لهم، والغني والفقير في القرب سواء فاستويا في الاستحقاق ولم أعلم هذا نصاً عن أحد وعموم الآية يقتضي نعيمهم. وقال بعض أصحاب الشافعي له قول آخر انه لغني والفقير عموم النص في كل يتيم وقياً له على سهم ذي القربى، ولانه لو خص به الفقير لكان دخلاً في جملة المساكين الذين هم أصحاب الهم الرابع فكان ينفى عن ذكرهم وتسميتهم

قال أصحابنا ويفرق على الايتام في جميع الاقطار ولا يخص به أهل ذلك المغزى والقول فيه كالقول في سهم ذي القربى وقد تقدم القول فيه

(مسئلة) قال (والخمس الرابع للمساكين)

وهم أهل الحاجة ويدخل فيهم الفقراء، والفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد ههنا وفي سائر الاحكام وانما يقع التمييز بينهما اذا جمع بينهما بلغطين وام يرد ذلك الا في الزكاة، وسندكرهم في اصنافها، قال أصحابنا: ويعم بها جميعهم في جميع البلاد كقولهم في سهم ذي القربى واليتامى وقد تقدم قولنا في ذلك

(مسئلة) قال (والخمس الخامس لابن السبيل)

وسندكره أيضاً في اصناف الصدقة وعلى كل واحد منهم قدر ما يوصله الى بلده لان دفعنا اليه لابل الحاجة فاعطى بقدرها، فان اجتمع في واحد اسباب كالمساكين اذا كان يتيم وابن سبيل استحق بكل واحد منهما لانها اسباب لاحكام فوجب أن نثبت احكامها كما لو انفردت فان اعطاه ليطمه فزال فقره لم يعط فقره شيئاً

(مسئلة) قال (وأربعة أخماس النقي لجميع المسلمين غنيهم وفقيرهم فيه سواء الا العبيد)

لانهم خلافاً بين أهل العلم اليوم في أن العبد لاحق لهم في النقي وظاهر كلام أحمد والخري أن سائر الناس

وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن القاسم ان خلط دراهم بدرهم على وجه الحرز لم يضمن وحكي عن مالك لا يضمن الا أن تكون دونها لانه لا يمكنه ردها إلا ناقصة

ولنا أنه خلطها بماله خلطاً لا يتميز فوجب أن يضمنها كالمساكين خلطها بدونها ولانه اذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه امكان ردها فازمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر فان أمره واجبها بخلطها بماله أو بغيره ففعل ذلك فلا ضمان عليه لانه فعل ما أمر به فكان نائباً عن المالك فيه وقد نقل منها عن أحمد في رجل استودع عشرة دراهم واستودعه آخر عشرة وأمره أن يخلطها فخلطها فضاقت الدراهم فلا شيء عليه، فان أمره أحدها بخلط دراهمه ولم يأمره الآخر فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى، وإن اختلطت هي بغير تقرير منه فلا ضمان عليه كما لو تلفت بغير تقرير من يملكه وإن خلطها غيره

لهم حق في النبي غنيهم وفقيرهم ذكر أحد النبي فقال فيه حق لكل المسلمين وهو بين الغني والفقير وقال عمر رضي الله عنه ما من أحد من المسلمين الا له في هذا المال نصيب الا العبيد فليس لهم فيه شيء وقرأ عمر (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى - حتى بلغ - والذين جاؤا من بعدهم) ثم قال هذه استوعبت المسلمين عامة وابن عثمت لأئتين الراعي بسرو حير نصيبه منها لم يعرق فيها جيبته ، ولأنه مال مخروس فلم يختص به من فيه منفعة كأربعة أخماس الغنيمة

وذكر القاتني ان أهل النبي هم أهل الجهاد من الرابطين في الثغور وجند المسلمين ومن يقوم بمصالحهم لان ذلك كان للنبي ﷺ في حياته لحصول النصر والمصلحة به فلما مات صارت للجند ومن يحتاج اليه المسلمون فصار ذلك لهم دون غيرهم ، وأما الاعراب ونحوهم ممن لا يبعد نفسه للجهاد فلا حق لهم فيه والذين يغزون اذا نشطوا يعطون من سهم سبيل الله من الصدقة ، قال ومعنى كلام أحمد انه بين الغني والفقير يعني الغني الذي فيه مصلحة المسلمين من المجاهدين والقضاة والفقهاء ، وبمقتضى ان يكون معنى كلامه ان لجميع المسلمين الانتفاع بذلك المال لكونه يصرف الى من يعود نفعه على جميع المسلمين وكذلك ينفعون بالعبور على القنابر والجسور المعقودة بذلك المال وبالأهوار والطرق التي أصلحت به

وسياق كلامه يدل على أنه ليس مختصا بالجند وانما هو مضمون في مصالح المسلمين ليكن يبدأ بجند المسلمين لأنهم أم المصالح لكونهم يحفظون المسلمين فيعطون كفاياتهم فافضل قدم الأثم فالأثم من عمارة الثغور وكفايتها فالأصلحة والكراع وما يحتاج اليه ثم الأثم فالأثم من عمارة المساجد والقنابر واصلاح الطرق وكراء الأهوار وسد بئورها وارزاق القضاة والائمة والوثنيين والفقهاء ونحو ذلك مما للمسلمين فيه نفع، والشافعي قولان كنحو مما ذكرناه، حنجزوا على أن أربعة أخماس النبي كان لرسول الله ﷺ في حياته بما روى مالك بن أنس بن الحدثنان قال : سمعت عمر بن الخطاب والعباس وعلي بن عاصم اليه في أموال النبي ﷺ فقال عمر كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم

فالضمان على من خلطها لان المدوان منه أشبه ما لو أتلها

﴿مسئلة﴾ (وإن خلطها بتميز أو ركب الدابة ليسقيا لم يضمن أما إذا خلطها بما تميز منه مثل

ان خلط دراهم بدنانير لم يضمن)

لأنها تميز منها فلا يعجز بذلك عن ردها فلم يضمنها كما لو تركها في صندوق فيه أكياس له وبهذا قال الشافعي ومالك ولا نعلم فيه خلافا وكذلك الحكم إذا خلط بيضا بسود وقد حكى عن أحمد قين خلط دراهم بيضا بسود يضمنها ولعله قال ذلك لكونها تكتسب منها سوادا وبغير لونها فنقص قيمتها فان لم يكن فيه ضرر فلا ضمان عليه وإن ركب الدابة ليسقيا أو يعلقها لم يضمن لان ركبها لذلك مأذون فيه عرفاً وشرعا لانه مأذون له في سقيا كما لو أذن له في علقها والمادة أن

يوجب المسلمون عليه بخيل ولا ركاب وكان لرسول الله ﷺ خالصا دون المسلمين وكان رسول الله ﷺ ينفق منها على أهله نفقة سنة فما فضل جعله في الكراع والسلاح ثم توفي رسول الله ﷺ فوليها أبو بكر بمثل ما وليها رسول الله ﷺ ثم وليتها مثل ما وليها رسول الله ﷺ وأبو بكر متفق عليه إلا أن فيه يجعل ما بقى أسوة المال وظاهر أخبار عمر تدل على أن لجميع المسلمين في الفيء حقا فإنه لما قرأ الآية التي في سورة الحشر قال هذه الآية استوعبت المسلمين وجعل للراعي بسرو حيرته نصيبا وقال ما أحد إلا له في هذا المال نصيب، وأما أموال بني النضير فيحتمل أن النبي ﷺ كان ينفق منه على أهله لأن ذلك من أهم المصالح فبدأ بهم ثم جعل بآتيه أسوة المال ويحتمل أن تكون أموال بني النضير اختص بها النبي ﷺ من الفيء وترك سائر لمن سمي في الآية وهذا مبين في قول عمر وكان لرسول الله ﷺ خالصا دون المسلمين

(فصل) واختلاف الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم في قسم الفيء بين أهله فذهب أبو بكر الصديق رضي الله عنه إلى النسبة بينهم فيه وهو المشهور عن علي رضي الله عنه فروي أن أبا بكر رضي الله عنه سرى بين الناس في العطاء وأدخل فيه العبيد فقال له عمر يا خليفة رسول الله أتجعل الذين جاهدوا في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم وهجروا ديارهم له كن إنما دخلوا في الإسلام كرها ؟ فقال أبو بكر إنما عملوا لله وإنما أجورهم على الله وأنا الدنيا بلاغ ، فلما ولي عمر رضي الله عنه فاضل بينهم وأخرج العبيد فلما ولي علي سوي بينهم وأخرج العبيد وذكر عن عثمان أنه فضل بينهم في النسمة ، فعلى هذا يكون مذهب اثنين منهم أبي بكر وعلي التسمية ومذهب اثنين عمر وعثمان التفضيل ، وروي عن أحمد رجة الله عليه أنه أجاز الأمرين جميعا على ما يراه الإمام ويؤدي اجتهاده إليه فروي عن الحسن بن علي بن الحسن أنه قال للإمام أن يفضل قوما على قوم ، وقال أبو بكر اختيار أبي عبد الله أن لا يفضلوا وهذا اختيار الشافعي ، وقال أبي رأيت قسم الله الموارث على العدد يكون الأخوة متفاضلين في الغنائم عن الميت والصلة في الحياة والحفظ بعد الموت فلا يفضلون ، وقسم رسول الله ﷺ من الأربعة الأخماس على العدد ومنهم من يعطى غاية الغنائم ويكون الفتح على يديه ومنهم من يكون محضه أما غير قائم

من يسقيها يركبها فلاذن في السقي اذن في الركوب المعتاد ولهذا لو قال لو كيله اسقى الدابة فانه يفهم منه اركبها له (مسألة) (وإن أخذ درهما ثم رده فضاع الكل ضمنه وحده اختاره الحنفي وعنه يضمن الجميع وجملة ذلك أن من أودع شيئا فأخذ بعضه لزمه ضمان ما أخذ لتعديده فان رده أو مثله لم يزل عنه وبهذا قال الشافعي وقال مالك لا ضمان عليه إذا رده أو مثله وقال أصحاب الرأي أن لم ينفق ما أخذه ورده لم يضمن وإن أنفق ثم رده أو مثله ضمن

ولنا أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه فلا يزول الا برده إلى صاحبه كالمغصوب ، فأما سائر الوديعة فينظر فيه فان لم تكن الدراهم في كيس أو كانت في كيس غير مشدود أو كانت ثيابا فأخذ منها واحدا ثم رده بغيره لم يضمن غيره لانه لم يتعد في غيره وكذلك

واما ضرر بلجين والمزينة وذلك أنهم استولوا في سبب الاستعانة وهو انتصابهم لاجهاد فصاروا كالغنائم ، والصحيح إن شاء الله أن ذلك مفوض الى اجتهاد الامام يفعل ما يراه من تسوية وتفضيل لان النبي ﷺ كان يعطي الانفال فيفضل قوما على قوم على قدر غنائمهم وهذا في معناه ، والمشهور عن عمر رضي الله عنه انه حين كثر عنده المال فرض للمسلمين اعطياتهم ففرض للمهاجرين من أهل بدر خمسة آلاف خمسة آلاف وللأنصار من أهل بدر أربعة آلاف أربعة آلاف وفرض لأهل المدينة ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف ولأهل الفتح الفين وقال بمن أبدا ؟ قيل له بنفسك قال لا ولكن أبدا بقرابة رسول الله ﷺ فبدأ ببني هاشم ثم ببني المطالب ثم بول رسول الله ﷺ «انما بنوهاشم وبنو المطالب شيء واحد» ثم ببني عبد شمس لانه أخوهاشم لا بويه ثم ببني نوفل لانه أخوه الا بيهام الاقرب فالأقرب ، قال أصحابنا ينبغي أن يتخذ الامام ديوانا وهو دفتر فيه أسماء أهل الديوان وذكر اعطياتهم ويحمل لكل قبيلة عريفا فقد روى الزهري أن رسول الله ﷺ عرف عام حنين على كل عشرة عريفا وإذا أراد إعطائهم بدأ بقرابة رسول الله ﷺ على ما روي عن عمر رضي الله عنه ، ويقدم الأقرب فالأقرب ويقدم بني عبد العزى على بني عبد الدار لان فيهم أصحاب رسول الله ﷺ ولأن خديجة منهم حتى تنقضي قريش وهم بنو النضر بن كنانة ثم من بعد قريش الأنصار ثم سائر العرب ثم العجم والموالي ثم تفرض الأرزاق لمن يحتاج المسلمون اليهم من القضاة والمؤذنين والائمة والفقهاء والقراء والبرد والعيون ، ومن لا غنى للمسلمين عنه ، ثم في إصلاح الحصون والكرام والسلاح ثم بمصالح المسلمين من بناء القناطر والجسور وإصلاح الطرق وكري الأنهار وسد بئرها وعمارة المساجد ثم ما فضل قسمه على سائر المسلمين ويخص ذا الحاجة

(فصل) قال القاضي ويعرف قدر حاجتهم يعني أهل العطاء وكفايتهم ويزداد ذو الوالد من أجل ولده ، وذو الفرس من أجل فرسه ، وإن كان له عبيد لمصالح الحرب حسب مؤونتهم في كفايته ، وإن كانوا لزينة أو تجارة لم يدخلوا في مؤونته ، وينظر في أسعائهم في بلدانهم لان أسعار البلدان تختلف

ان رد بدله متميزا لما ذكرنا وان لم يكن متميزا فظاهر كلام الحزقي أنه لا يضمن غيره لان اتعدي اختص به فاخص الضمان به وخطا المزدود بغيره لا يقتضي ضمان الجميع لانه يجب رده معها فلم يفوت على نفسه امكان ردها بخلاف ما اذا خلطه بغيره ، ولو أذن له صاحب الوديعة في الاخذ منها ولم يأمره برد بدله فأخذ ثم رد بدله ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه وقال القاضي يضمن السائل وهو قول الشافعي لانه خلط الوديعة بما لا تتميز منه فضمن السائل كما لو خلطها بغير البدل ، وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره فلا يصح القياس ، وان كانت الدراهم في كيس مختوم أو مشدود فكسر الحتم أو حل الشد ضمنها وقد ذكرناه

(فصل) وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجهد ثم ردها إلى صاحبها زال عنه الضمان فان ردها

والفرض الكفاية ، ولهذا تعتبر القدرة والولد فيختلف عطاؤهم لاختلاف ذلك وإن كانوا سواء في الكفاية لا يفضل بعضهم على بعض وإنما تتفاضل كفايتهم ويعطون قدر كفايتهم في كل عام مرة ، وهذا والله أعلم على قول من رأى التسوية ، فأما من يرى التفضيل فإنه يفضل أهل السوابق والفنى في الاسلام على غيرهم بحسب ما يراه كما أن عمر فضل أهل السوابق بقسم لقوم خمسة آلاف ولا آخرين أربعة آلاف ولا آخرين ثلاثة آلاف ولا آخرين ألفين ألفين ولم يدر ذلك بالكفاية

(فصل) والعطاء الواجب لا يكون إلا لبائع يطبق مثله القتال ، ويكون عاقلاً حراً بصيراً صحيحاً ليس به مرض يمنعه القتال فإن مرض الصحيح مرضاً غير مرجو الزوال كالزمانة ونحوها خرج من المقاتلة وسقط سهمه ، وإن كان مرضاً مرجو الزوال كالطحى والصداع والبرسام لم يسقط عطاؤه لأنه في حكم الصحيح الا ترى أنه لا يستتبع في الحجج كالحجج والصحيح وإن مات بعد حلول وقت العطاء دفع حقه إلى ورثته ، ومن مات من أجناد المسلمين دفع إلى زوجته وأولاده الصغار قدر كفايتهم لأنه لو لم تعط ذريته بعده لم يجرى نفسه للقتال لأنه يخاف على ذريته الضياع فإذا علم أنهم يكفون بعده موته سهل عليه ذلك ولهذا قال أبو خالد الهنائي .

لقد زاد الحياة إلى حيا بنائي اثنين من الضعاف
مخافة أن يرين العقر بمدي وأن يشربن رقاً بعد صاف
وأن يعزبن أن كسي الجوارى فيثنوا الفين عن كرم عفاف
ولولا ذاك قدسوت مهري وفي الرحمن للضعفاء كاف

واذا بلغ ذكور اولادهم واختاروا أن يكونوا في المقاتلة فرض لهم وإن لم يختاروا تركوا ومن خرج من المقاتلة سقط حقه من العطاء

صاحبها إليه فهو ابتداء استئذان وإن لم يردها إليه ولكن جدد له الاستئذان أو أبرأه من الضمان برى في ظاهر المذهب لان الضمان حقه فإذا أبرأه منه برى كما لو أبرأه من دين في ذمته وإذا جدد له استئذاناً فقد انتهى القبض المضمون به فزال الضمان وقد قال أصحابنا إذا رهن المصوب عند الغاصب أو أودعه عنده زال عنه ضمان الغصب فهنا أولى

(مسألة) (وإن أودعه صبي ودية ضمنها ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه)

وجملة ذلك أنه لا يصح الايداع الا من جائز التصرف فإن أودع طفل أو معتوه انساناً ودية ضمنها بقبضها لأنه أخذ ماله بغير إذن شرعي أشبه ما لو غصبه ، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر في ماله ، فإن كان الصبي مميزاً صح ايداعه لما أذن له في التصرف فيه لأنه كالباثم بالنسبة إلى ذلك فإن خاف أنه إذا لم يأخذه منه أتلفه لم يضمنه بأخذه لأنه قصد تخليصه من الهلاك فلم يضمنه كما لو وجده في سيل فأخرجه منه

(مسئلة) قال (وأربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الواقعة للراجل سهم ولل فارس ثلاثة

أسهم الا ان يكون الفارس على هجين فيكون له سهمان ، سهم له وسهم لهجينه)

أجمع أهل العلم على أن أربعة أخماس الغنيمة للفائزين وقوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) يفهم منه أن أربعة أخماسها لهم لأنه أضافها إليهم ثم أخذ منها سهماً لغيرهم فبقي سائرهما لهم كقوله تعالى (وورثه أبواه ولأمه الثلث) وقال عمر رضي الله عنه : الغنيمة لمن شهد الواقعة. وذهب جمهور أهل العلم إلى أن للراجل سهماً ولل فارس ثلاثة أسهم ، وقال أبو حنيفة للفارس سهمان وخالفه أصحابه فوقوا سائر العلماء ، وقد ثبت عن ابن عمر أن النبي ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم : سهم له وسهمان لفارسه متفق عليه ، وقال خالد الحذاء أنه لا يختلف فيه عن النبي ﷺ أنه أسهم للفارس سهمين ولصاحبه سهماً وللراجل سهماً ، والمهجين من الخيل هو الذي أبوه عربي وأمه غير عربية ، والمقرف عكس ذلك وهو الذي أبوه غير عربي وأمه عربية ، ومنه قول هند بنت النعمان بن بشير :

وما هند الا مهرة عربية سليمة أفراس تحملها بغل

فان ولدت مهرا كريما فبالحرى وان يك أقرافا أنجب الفحل

وأراد الحرقي بالمهجين هنا ما عدا العربي من الخيل من البراذين وغيرها ، وقد روي عن أحد رجحه الله رواية أخرى أن البراذين اذا أدركت مثل العرب فلهما مثل سهمها وذكر القاضي رواية أخرى فيما عدا العرب من الخيل لا يسهم لها وفي هذه المسئلة اختلاف كثير وأدلة على كل قول آخرنا ذكرها الى باب الجهاد فان المسئلة المذكورة فيه وهو أليق بها ان شاء الله تعالى

(مسئلة) قال (والصدقة لا يجاوز بها الثمانية الاصناف التي سمي الله عز وجل)

يعني قول الله تعالى (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين فيها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم) وروي أن رجلاً قال يا رسول

(مسئلة) (وان أودع الصبي أو الممتوه وديعة فتلفت بتفريطه لم يضمن فان أتاها أو أكلها

ضمنها في قول القاضي)

وظاهر مذهب الشافعي ومن أصحابنا من قال لا ضمان عليه وهو قول أبي حنيفة لأنه سلطه على أتاها بدفعها إليه فلا يلزمه ، الا ترى أنه اذا دفع الى صغير سكيناً فوقع عليها كان ضمانه على عاقلة ولنا أن ما ضمن باتلافه قبل الايداع ضمنه بعد الايداع كالبالغ ولا يصح قولهم انه سلطه على أتاها وانما استحفظه لإيائها ، وفارق دفع السكين فانه سبب للاتلاف ودفع الوديعة بخلافه

(مسئلة) (وان أودع عبداً وديعة فأتلفها خرج على الوجهين في الصغير)

إذا تلفت الوديعة فان قلنا لا يضمن الصبي كانت في ذمته وان قلنا يضمن كانت في رقبته

الله أعطني من هذه الصدقات فقال له رسول الله ﷺ « ان الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات حتى حكم فيها فجزأها ثمانية أجزاء فان كنت من تلك الاجزاء أعطيتك حقك » والمراد بالصدقة ههنا الزكاة المفروضة دون غيرها من صدقة التطوع والكفارات والتذورات والوصايا ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا يجوز دفع الزكاة الى غير هذه الاصناف الاماروي عن عطاء والحسن أنهما قالوا ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضية والاول اصح وذلك لان الله تعالى قال (انما الصدقات) وانما لم يصر ثلث المذكور وتنفي ما عداها لانها مركبة من حرفي فني واثبات فجرى مجرى قوله تعالى (انما الله إله واحد) أي لا إله الا الله ، وقوله تعالى (انما أنت منذر) أي ما أنت إلا نذير ، وقول النبي ﷺ « انما الولاء لمن أعتق »

(مسألة) قال (الفقراء وهم الزماني والمكافيف الذين لا حرفة لهم والحرفة الصناعة ولا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب والمساكين وهم السؤال وغير السؤال ومن لهم الحرفة الا أنهم لا يملكون خمسين درهما ولا قيمتها من الذهب)

الفقراء والمساكين صنفان في الزكاة وصنف واحد في سائر الاحكام لان كل واحد من الاسمين ينطاق عليهما ، فأما اذا جمع بين الاسمين وميز بين المسميين تميزا وكلاهما يشعر بالحاجة والفاقة وعدم الغنى إلا أن الفقير أشد حاجة من المسكين من قبل ان الله تعالى بدأ به واما يبدأ بالأم فالأهم وهذا قال الشافعي والاصمعي وذهب أبو حنيفة الى أن المسكين أشد حاجة وبه قول الفقهاء وثلث ابن قتيبة لقول الله تعالى (أو مسكينا ذا متربة) وهو المطروح على التراب اشد حاجة وأنشدوا
أما الفقير الذي كانت حلوبته وفق العيال فلم يترك له شيد
فأخبر أن الفقير حلوبته وفق عياله

(فصل) واذا اودعه شيئا ثم سأله دفعه اليه في وقت امكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف ضمنه ولا نعلم خلافا في وجوب رد الوديعة على مالكيها اذا طلبها فأمكن اداؤها اليه بغير ضرورة وقدام الله تعالى بذلك فقال تعالى (ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها) وقال رسول الله صلى الله عليه « أد الامانة الى من ائتمنتك ولا تخن من خانتك » يعني عند طلبها ولا تهاحق لالكها لم يتعلق بها حق غيره فلزم اداؤها اليه كالغصب والدين الحال فان امتنع من دفعها في هذه الحال تلفت ضمنها لانه صار غاصبا لانه امسك مال غيره بغير اذنه بفعل محرم اشبه الغاصب قلما ان طلبها في وقت لم يمكن دفعها بعدها او لخافة في طريقها او للعجز عن حملها او غير ذلك لم يكن متعديا بترك تسليمها لان الله تعالى لا يكاف نفسا الاوسعها فان تلفت لم يضمنها لعدم عدوانه وان قال امهلوني حتى اقضي صلاتي او آكل فاني جائع او أنام فاني ناعس أو يهضم عني الطعام فاني متملىء امهل بقدر ذلك

ولنا أن الله تعالى بدأ بالفقراء فيدل على أنهم أعم ، وقال تعالى (أما السفينة فكانت لمساكين يعملون في البحر) فأخبر أن المساكين لهم سفينة يعملون بها ، ولأن النبي ﷺ قال « اللهم أحيني مسكيناً وأمتني مسكيناً واحشرني في زمرة المساكين » وكان يستعيز من الفقر ولا يجوز أن يسأل الله تعالى شدة الحاجة ويستعيز من حالة أصلح منها ولأن الفقر مشتق من فقر الظاهر ففعل بمعنى مفعول أي مفقور وهو الذي يرعب فقره ظهره فانتقم صاحبه قال الشاعر :

لما رأى لبد النسور تطارت رفع القوادم كالنقير الاعزل

أي لم يطلق الطيران كالذي انتقم صاحبه والمسكين مفعيل من السكون وهو الذي أسكنته الحاجة ومن كسر صلبه أشد حالا من الساكن ، فأما الآية فهي حجة لنا فإن نعت الله تعالى للمسكين بكونه ذا مشقة يدل على أن هذا النعت لا يستحقه بإطلاق اسم المسكنة كما يقال ثوب ذو علم ويجوز التعبير بالمسكين عن الفقير بتريته وبغير تريته والشعر أيضا حجة لنا فإنه أخبر أن الذي كانت حلوبته وفق العيال لم يترك لهم سبيل نصار فقير لا شيء له إذا تقرر هذا فالمقبر الذي لا يقدر على كسب ما يقع موقعا من كفايته ولا له من الاجرة أو من المال الدائم ما يقع موقعا من كفايته ولا له خدمة من درهما ولا قيمتها من الذهب مثل الزمني والمكائيف وهم العديان سموا بذلك لكف أبصارهم لان هؤلاء في الغالب لا يقدرون على اكتساب ما يقع موقعا من كفايتهم وربما لا يقدرون على شيء أصلا قل الله تعالى (للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربا في الأرض يحمهم الجاهل أغنياء من التعفف تعرفهم بسيماهم لا يسئلون الناس إلحافا) ومعنى قولهم يقع موقعا من كفايتهم أنه يحصل به معظم الكفاية أو نصف الكفاية ، مثل من يكفيه عشرة فيحصل له من مكسبه أو غيره خمسة فإزاد ، والذي لا يحصل له إلا ما لا يقع موقعا من كفايته كالذي لا يحصل له إلا ثلاثة أو دونها فهذا هو الفقير والاول هو المسكين فيعطي كل واحد منهما ما يتم به كفايته وتسد به حاجته لان المقصود دفعها وإغناء صاحبها ولا يحصل إلا بذلك والذي

(فصل) وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها الى ربه اذا كانت مما حملها مؤنة قلت المؤنة أو كثرت لانه قبض الدين لمنفعة مالها على الخصوص فلم تلزمه الفرامة عليها كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها وإنما عليه التمكن من اخذها فان سافر بها بغير اذن ربه ردها الى بلدها لانه بعدها بغير اذن ربه فلزمه ردها كالنصاب

(فصل) اذا مات الرجل وثبت ان عنده ودية لم توجد بعينها فهي دين عليه تفرم من تركته فان كان عليه دين سواها فما سواه ان وقت تركته بها والا اقتسامها بالخصص وبه قال الشعبي والنخعي وداود وابن ابي هند ومالك والشافعي وابو حنيفة واصحابه واسحاق وروي ذلك عن شريح ومروك وعطاء وطاوس والزهري وابي جعفر محمد بن علي وروي عن النخعي الامانة قبل الدين وقال الحارث العكلي الدين قبل الامانة

يسأل ويحصل الكفاية أو معظمها من مسئلته فهو من المساكين لكنه يعطى جميع كفايته ويفنى عن السؤال فإن قيل فقد قال النبي ﷺ « ليس المسكين بالطواف الذي ترده القمعة والقمتان ولكن المسكين الذي لا يسأل الناس ولا يظن له فيتصدق عليه » قلنا هذا تجوز وإنما في المسكينة عنه مع وجودها فيه حثية مبالغة في إثباتها في الذي لا يسأل الناس كما قال عليه السلام « ليس الشديد بالصرعة وإنما الشديد الذي يفلب نفسه عند الغضب » وقال « مانعون الرقاب فيكم ؟ » قالوا الذي لا يعيش له ولد نال « لا ولكن الرقاب الذي لم يقدم من ولده شيئا » وقال « مانعون المفلس فيكم ؟ » قالوا الذي لا درهم له ولا متاع قال « لا ولكن المفلس الذي يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا فأخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته حتى إذا نفذت حسناته أخذ من سيئاتهم فطرحته عليه ثم يصبك له صك إلى النار »

(فصل) ومن كان ذا مكسب يفنى به نفسه وعياله أن كان له عيال أو كان له قدر كفايته في كل يوم من أجر عقار أو غلة مملوك أو سائمة فهو غني لا حق له في الزكاة وبهذا قال ابن عمر والشافعي وقال أبو حنيفة إن لم يملك نصيبا فله الأخذ منها لقول النبي ﷺ « أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » فجعل الغني من تؤخذ منه الصدقة ولا تؤخذ إلا من النصاب ولأن هذا لا يملك نصيبا ولا قيمته فجاز له الأخذ كالذي لا كفاية له

ولنا ما روي عبد الله بن عدي بن الحيار أن رجلا من أنبياء رسول الله ﷺ وهو يقسم الصدقة فسأله شيئا منها فصعد بهر فيهما وقال لهما « إن ثلثا أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغني ولا قوي مكتسب » رواه أبو داود ورواه الإمام أحمد عن يحيى بن معمر عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبيد الله وقال هذا أجودها - نادى أجوده من حديث ما أعلم روي في هذا أجود من هذا قيل له فالحديث عن النبي ﷺ « لا تحل الصدقة لغني ولا لذي مرة سوي » قال لا أعلم فيه شيئا يصح قيل له يرويه سالم بن أبي الجعد عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال سالم لم يسمع من أبي هريرة . والنفي يختلف فنه غني يوجب

ولنا أنهم أحق وجبا في ذمته فتساويا كالدينين وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد وهذا إذا أقر المودع أن عندي وديعة أو على وديعة لفلان أم ثبتت بينة أنه مات وعنده وديعة فأما أن كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بينهما ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت ؟ ففيه وجهان (أحدهما) وجوب ضمانها لأن الوديعة يجب ردها الآن ثبت سقوط الرد بالتلف من غير تعد ولم يثبت ذلك ولأن الجهل بينهما كالجهل بها وذلك لا يسقط الرد (وإثاني) لضمان عليه لأن الوديعة أمانة والأصل عدم اتلافها والتعدي فيها فلم يجب ضمانها وهذا قول ابن أبي ليلى وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي والأول ظاهر المذهب لأن الأصل وجود الرد فيبقى عليه ما لم يوجد ما يزيله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله والمودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من رد أو تلف أو اذن في

الزكاة وغنى بمنم أخذها وغنى بمنم المسئلة ويخالف ما قاعدوا عليه هذا فإنه محتاج إليها والصدقة أوساخ الناس فلا تباح الا عند الحاجة إليها وهذا المختار فيه لاحاجة به إليها فلا تباح له
(فصل) وان كان الرجل صحيحاً جلدراً وذكر أنه لا كسب له أعطي منها وقبل قوله بغير يمين إذا لم يعلم بيمين كذبه ولا يحلفه لان النبي ﷺ أعطى الرجلين اللذين سألاه ولم يحلفهما ، وفي بعض رواياته أنه قال أنيدا النبي ﷺ فمألناه من الصدقة فصعد فينا البصر وصوبه فرآنا جلدتين فقال « ان شئتما أعطيتكما » وذكر الحديث

(فصل) فان ادعى ان له عيالا فقال القاضي وأبو الخطاب يقلد ويعطي لهم كما يقلد في دعوى حاجته ، قال ابن عقيل عذري لا يقبل قوله إلا بيينة لان الاصل عدم العيال ولا تتعذر إقامة البيينة عليه وفارق ما إذا ادعى أنه لا كسب له فإنه يدعي ما يوافي الاصل لان الاصل عدم الكسب والمال وتتعذر عليه إقامة البيينة عليه . ولو ادعى الفقر من عرف بالغنى لم يقبل قوله إلا بيينة تشهد بأن ماله تلف أو نفذ لما روي أن النبي ﷺ قال ولا تحل المسئلة إلا لثلاثة رجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة من ذوي الحسنى من قومه لند أصابت فلانا فاقة فحلت له المسئلة حتى يصيب قواما من عيش - أو سدادا من عيش - وهل يعتبر في البيينة على الفقر ثلاثة أو يكفني باثنين ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكفي إلا ثلاثة لظاهر الخبر (والثاني) يقبل قول اثنين لان قولها يقبل في الفقر بالنسبة الى حقوق الآدميين المبنية على الشح والضيق ففي حق الله تعالى أولى والخبر انما ورد في حل المسئلة فيقتصر عليه وان لم يعرف له مال قبل قوله ولم يستحلف لان النبي ﷺ لم يستحلف الرجلين اللذين رآهما جلدتين ، فان رآه متجملا قبل قوله أيضا لانه لا يلزم من ذلك الغنى بدليل قول الله تعالى (يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف) لكن ينبغي أن يخبره أن ما يعطيه من الزكاة لا يكون ممن لا تحل له الزكاة . وان رآه ظاهر المسكنة أعطاه منها ولم يحتاج أن يبين له شرط جواز الأخذ ولأن ما يدفعه اليه زكاة

دفعها الى انسان اذا ادعى المستودع تلف الوديعة فالقول قوله بغير خلاف قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان المودع اذا احرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت ان القول قوله وقال اكثرهم مع يمينه وان ادعى ردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه وبه قال الثوري والشافعي واصحاب الرأي واسحاق وبه قال مالك ان كان دفعها اليه بغير يمينه وان كان أودعه اياها بيينة لم يقبل قوله في الرد إلا بيينة وحكام القاضي ابو الحسين رواية عن احمد

ولنا انه امين لا منقمة له في قبضها فقبل قوله في الرد بغير يمينه كما لو اودع بغير يمينه وان قال دفعها الى فلان بامرك فأنكر مالكها الاذن في دفعها فالقول قول المودع نص عليه احمد في رواية ابن منصور وهو قول ابن ابي ليلى وقال مالك والثوري والنعيرى واصحاب الرأي القول قول المالك لان الاصل عدم الاذن وله تضمينه

قال أحمد رحمه الله وقد سئل عن الرجل يدفع زكاته الي رجل هل يقول له هذه زكاة ؟ فقال يعطيه ويسكت ولا يقرعه فاكفى بظاهر حاله عن سؤاله وتعريفه
(فصل) واذا كان الرجل بضاعة يتجر بها أو ضيعة يستقلها تكفيه غلتها له ولعِياله فهو غني لا يعطى من الصدقة شيئاً وإن لم تكفه جاز له الأخذ منها قدر ما يتم به الكفاية وإن كثرت قيمة ذلك وقد تقدم ذكر ذلك في الزكاة

﴿ مسئلة ﴾ قال (والعاملين على الزكاة وهم الجبابة لها والحافظون لها)

يعني العاملين على الزكاة وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة وهم السعاة الذين يعمهم الامام لأخذها من أربابها وجمعها وحفظها ونقلها ومن يعينهم ممن يسوقها ويراعيها ويحاسبها وكذلك الحاسب والكتاب والكيال والوزان والعداد وكل من يحتاج اليه فيها فإنه يعطى أجرته منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعلمها وقد كان النبي ﷺ يبعث على الصدقة سعاة ويعطيهم مما أنعم به من عمر ومعاذاً وأباً موسى ورحلاً من بني مخزوم وابن النبية وغيرهم وطلب منه ابنه عمر الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث أن يبعثها فقال يا رسول الله لو بعثنا على هذه الصدقة فنصيب ما يصبب الناس ونؤدي اليك ما يؤدي الناس فأبى أن يبعثها وقال « إن هذه الصدقة أوساخ الناس » وهذه قصص اشتهرت فصارت كالتواتر وليس فيه اختلاف مع ما ورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل .

(فصل) ومن شرط العامل أن يكون بالغاً عاقلاً أميناً لأن ذلك ضرب من الولاية والولاية تشترط فيها هذه الخصال ولأن الصبي والمجنون لا قبض لهما والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه ويشترط اسلامه واختار هذا القاضي وذكر أبو الخطاب وغيره انه لا يشترط اسلامه لانه اجارة على عمل فجاز أن يتولاه الكافر كجبابة الخراج . وقيل عن أحمد في ذلك روايتان

ولنا انه ادعى دافعاً يبرأ به من الوديعة فكان القول قوله كما لو ادعى ردها على مالكها ولو اعترف المالك بالاذن ولكن قال لم يدفعها فالقول قول المستودع أيضاً ثم ينظر في المدفوع اليه فان أقربا لقبض وكان الدفع في دين فقد بريء الكل وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه وقد ذكر اصحابنا ان الدافع ضمن لسكونه قضي الدين بغير يمين ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة لان المودع مفرط لكونه اذن له في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه فكان ضامناً سواء صدقه أو كذبه وإن أمره بدفعه وديعة لم يحتج الي يمينه لان المودع يقبل قوله في التلق والرد فلا فائدة في الاشهاد عليه فعلى هذا يحلف المودع ويبرأ ويحلف الآخر ويبرأ أيضاً ويكون ذهابها من مالكها وإن ادعى عليه خيانة أو تفرطاً فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم ذلك اشبه الوكيل

ولنا أنه يشترط له الأمانة فاشترط له الإسلام كالشهادة ، ولأنه ولاية على المسلمين فلم يجوز أن يتولها الكافر كسائر الولايات ولأن من ليس من أهل الزكاة لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي ولأن الكافر ليس بأمين ولهذا قال عمر لا تأمنوهم وقد خونهم الله تعالى وقد أنكر عمر على أبي موسى توليته الكتابة نعمرا نيا فالزكاة التي هي ركن الإسلام أولى ، ويشترط كونه من غير ذوي القربى إلا أن يدفع إليه أجرته من غير الزكاة ، وقال أصحابنا يجوز له الأخذ منها لأنها أجره على عمل تجوز للفتي فجازت لذوي القربى كأجرة النقال والحافظ وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

ولنا حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث حين سألا النبي ﷺ أن يبعثهما على الصدقة فأبى أن يبعثهما وقال « اتما هذه الصدقة أو ساخ الناس وأنها لا نحل لمحمد ولا لآل محمد » وحديث أبي رافع أيضا وهذا ظاهر في تحريم أخذم العمالة فلا تجوز مخالفتها ، وبفارق النقال والحال والراعي فإنه يأخذ أجره لجه لا لعماله ، ولا يشترط كونه حرا لأن العبد يحصل منه المقصود كالحر فجاز أن يكون عاملا كالحر ، ولا كونه فقيرا إذا كتب له ما يأخذه وحده كما كتب النبي ﷺ لعماله فرائض الصدقة وكما كتب أبو بكر لعماله أو بث معه من يعرفه ذلك ، ولا كونه فقيرا لأن الله تعالى جعل العامل صنفا غير الفقراء والمساكين فلا يشترط وجودهما فيه كما لا يشترط منه فيهما وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال « لا نحل الصدقة لفتي إلا لحمة : إما في سبيل الله أو لعامل عليها أو لرجل ابتاعها بماله أو لرجل كان له جار مسكين فنصدق على المسكين فأهدى المسكين إلى الفتى » رواه أبو داود . وذكر أصحاب الشافعي أنه تشترط الحرية لأن العمالة ولاية فنافاها الرق كالفضاء ، ويشترط الفقه ليعلم قدر الواجب وصفته

ولنا ما ذكرناه ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية فإنه يجوز أن يكون إماما في الصلاة ومفتيا وراويا للحديث وشاهدا ، وهذه من الولايات الدينية . وأما الفقه فإنما يحتاج إليه لمعرفة ما يأخذ ويتركه ويحصل ذلك بالكتاب له كما فعل النبي ﷺ وأصحابه رضي الله عنهم

❦ مسألة ❦ (وان قال لم تودعني ثم أقر بها أو ثبتت بينة ثم ادعى الرد أو التلّف لم يقبل قوله وان أقام بينة ويحتمل أن يقبل بينته)

إذا ادعى على رجل ودية فأنكر ثم ثبت أنه أودعه فقال أودعني وهلك من حرزي لم يقبل قوله وعليه ضمانها وبهذا قال مالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لأنه مكذب لا إنكاره الأول ومعتوف على نفسه بالكذب المتنافي للأمانة وإن أقر صاحبها له تلّفها من حرزه قبل جحدتها فلا ضمان عليه وإن أقر أنها تلّفت بعد جحدوده لم يسقط عنه الضمان لأنه خرج بجحدوده عن الأمانة فصار ضامنا كمن طوّل بالوديعة فامتنع من ردها وكذلك إن أقام بينة بتلفها بعد الجحد لذلك وإن شهدت بتلفها قبل الجحد من الحرز فهل تسمع بينته فيه وجهان (أحدهما) لا تسمع لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع (والثاني) تسمع

(فصل) والامام مخير بين أن يستأجر التعامل اجارة صحيحة بأجر معلوم اما على مدة معلومة واما على عمل معلوم وبين أن يجعل له جملا معلوما على عمله فاذا عمله استحق المشروط وان شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه فان امر رضي الله عنه قال بعثني النبي ﷺ على الصدقة فلما رجعت عماني فقلت اعطه من هو أحوج مني وذكر الحديث فان تلفت الصدقة في يده قبل وصولها الى أربابها من غير تفريط فلا ضمان عليه ويستحق أجره من بيت المال وان لم تلف أعطي أجر عمله منها وان كان أكثر من ثمنها أو أقل ثم قسم الباقي على أربابه لان ذلك من مؤنتها فخرى محرمى علفها ومداواتها. وان رأى الامام اعطاه أجره من بيت المال أو يجعل له رزقا في بيت المال ولا يعطيه منها شيئا فعل وان تولي الامام أو الوالي من قبله أخذ الصدقة وقسمتها لم يستحق منها شيئا لانه يأخذ رزقه من بيت المال .

(فصل) ويجوز للامام أن يولي الساعي جبايتها دون تفرقتها ويجوز أن يولي جبايتها وتفرقتها . فان النبي ﷺ ولى ابن القتيبة تقدم بصدقه على النبي ﷺ قال هذا لكم وهذا أمدى إلي وقال لقيصة « أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فأنمر لك بها » وأمر معاذاً أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم . وروى أن زيادا ولى عمران بن حصين الصدقة فلما جاء قيل له أين المال ؟ قال أو للمال بعثني أخذناها كما كنا فأخذها على عهد رسول الله ﷺ ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله ﷺ رواء أبو داود ، وعن أبي جحيفة قال أتانا مصدق النبي ﷺ وأخذ الصدقة من أغنيائنا فوضعها في فقرائنا وكنت غلاما يتيم فأعطاني منها قلوفا . أخرجه الترمذي

« مسألة » قال (وللمؤلفات قلوبهم وعم المشركون المتألفون على الاسلام)

هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة والمستحقون لها ، وقال أبو حنيفة انقطع شهرهم وهو أحد أقوال الشافعي لما روي أن مشركا جاء يلتمس من عمر مالا فلم يعطه وقال (من شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا شيئا من ذلك ، ولان الله تعالى أظهر الاسلام

لان صاحبها لو أقر بذلك سقط عنه قسم البينة به فان شهدت بالتلف من الخوز ولم تعين قبل الجحود ولا يمدد واحتمل الامرين لم يسقط الضمان لان الاصل وجوبه فلا يتفي بامر متردد

« مسألة » (وان قال مالك عندي شيء بل قوله في الرد والتلف) اذا قامت بينة بالابداع أو اقرب به المودع بعد قوله مالك عندي شيء أولا حق لك علي ثم قال ضاعت من حرزي كان القول قوله مع يمينه ولا ضمان عليه لان قوله لا يتأني ما شهدت به البينة ولا يكذبها فان من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريط لا شيء لما لكها عنده ولا يستحق عليه شيئا

(فصل) فان نوى الحيانة في الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل ذلك لم يضر ضمانا لأنه لم

وقم المشركين فلا حاجة بنا الى التأليف . وحكى حنبل عن أحمد أنه قال المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم والمذهب على خلاف ما حكمه حنبل ولعل معنى قول احمد انقطع حكمهم أي لا يحتاج اليهم في الغالب أو أراد أن الائمة لا يعطونهم اليوم شيئاً ، فأما ان احتاج اليهم جاز الدفع اليهم فلا يجوز الدفع اليهم إلا مع الحاجة

ولنا على جواز الدفع اليهم قول الله تعالى (والمؤلفة قلوبهم) وهذه الآية في سورة براءة وهي آخر ما نزل من القرآن على رسول الله ﷺ وقد ثبت أن رسول الله ﷺ أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين وأعطى أبو بكر عدي بن حاتم وتد قدم عليه بثلاثمائة جبل من ابل الصدقة ثلاثين بهيراً ومخالفة كتاب الله وسنة رسوله وإطراحها بلا حجة لا يجوز ولا يثبت النسخ بترك عمر وعثمان اعطاء المؤلفة ولعلمهم لم يحتاجوا الى اعطائهم فتركوا ذلك لعدم الحاجة اليه لاسقوطه

(فصل) والمؤلفة قلوبهم ضربان : كفار ومسلمون وهم جميعا السادة المطاعون في قلوبهم وعشائهم فالكفار ضربان (أحدهما) من يرجى اسلامه فيعطى لتقوى نيته في الاسلام وتقبل نفسه اليه فيسلم فان النبي ﷺ يوم فتح مكة أعطى صفوان بن أمية الامان وامتنظره صفوان أربعة أشهر لينظر في أمره وخرج معه الى حنين فلما أعطى النبي ﷺ العطايا قل صفوان مالي ؟ فأوما النبي ﷺ الى واد فيه ابل بمحلة فقال ذلك « قال صفوان ان هذا عطاء من لا يخشى الفقر

(والضرب الثاني) من يخشى شره ويرجى بعطيته كف شره وكف غيرهم معه ، وروى عن ابن عباس ان قوما كانوا يأتون النبي ﷺ فان اعطاهم مدحوا الاسلام وقالوا هذا دين حسن وإن منهم ذوا وعابوا ، وأما المسلمون فأربعة اضرب (قوم) من سادات المسلمين لهم نظراء من الكفار ومن المسلمين الذين لهم نية حسنة في الاسلام فاذا اعطوا رجي اسلام نظرائهم وحسن نيائهم فيجوز اعطاؤهم لان ابا بكر اعطى عدي بن حاتم والزبرقان بن بدر مع حسن نيائهما واسلامهما (الضرب الثاني) سادات مطاعون في قلوبهم يرجى بعطيتهم قوة إيمانهم وصلاحهم في الجهاد

يحدث في الودعة قولاً ولا فعلاً فلم يضمن كما لو لم ينو وقال ابن شريح يضمن لانه امسكها بنية الخيانة فضمنها كاللقطة بقصد التملك

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « عفي لامتي عن الخطأ والنسيان وما حدثت به انفسها ما لم تتكلم به أو تعمل به » ولانه لم يخن فيها بقول ولا فعل فلم يضمنها كالذي لم ينو وفارق الملتقط بقصد التملك فانه عمل بها باخذها ناوياً للخيانة فيها فوجب الضمان بفعله المنوي لا بمجرد النية ولو التقطها قاصدا لتعريفها ثم نوى بعد ذلك امساكها لنفسه كانت كسئلتنا وان اخرجها بنية الاستعمال فلم يستعملها ضمنها وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يضمنها الا بالاستعمال لانه لو اخرجها لنقلها لم يضمنها ولانها تعدى باخراجها اشبه ما لو استعملها بخلاف ما اذا نقلها

قاتهم يعطون لأن النبي ﷺ أعطى عينة بن حصن والافرع بن حابس وعلقمة بن علاثة والطلقاء من أهل مكة وقال للانصار « يا معشر الانصار علام تأسون على لعاعة من الدنيا تألفت بها قوما لا إيمان لهم وروكلتكم الى إيمانكم؟ »

وروى البخاري بإسناده عن عمرو بن تغلب أن رسول الله ﷺ أعطى ناسا وترك ناسا فبلغه عن الذين ترك أنهم عتبوا فصدع المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « اني أعطي ناسا وأدع ناسا والذي أدع أحب إلي من الذي أعطي ، أعطي ناسا لما في قلوبهم من الجزع والملم وأكل ناسا الى ما في قلوبهم من الغنى والخير منهم عمرو بن تغلب ، وعن أنس قال حين أفاء الله على رسوله أموال هوازن طفق رسول الله ﷺ يعطي رجلا من قريش مائة من الإبل فقال ناس من الانصار يغفر الله لرسول الله ﷺ يعطي قريشا ويمنعنا وسيرفنا تقطر من دماهم فقال رسول الله ﷺ « اني أعطي رجلا حديثا عهد بكفر أنا لفهم » متفق عليه

(الضرب الثالث) قوم في طرف بلاد الاسلام اذا أعطوا دنعوا عن يايهم من المسلمين
(الضرب الرابع) قوم اذا أعطوا أجبوا زكاة ممن لا يعطها إلا أن يخاف وكل هؤلاء يجرز الدفم اليهم من الزكاة لانهم من المؤلفة قلوبهم فيدخلون في عموم الآية

مسئلة قال (وفي الرقاب وهم المكاتبون)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في ثبوت سهم الرقاب ولا يختلف للذهب في أن المكاتبين من الرقاب يجوز صرف الزكاة اليهم ، وهو قول الجمهور وخالفهم مالك فقال : إنما يصرف سهم الرقاب في اعتاق العبيد ولا يجزي ان يعان منها مكاتب وخالف أيضا ظاهر الآية لان المكاتب من الرقاب لانه عبد واللفظ عام فيدخل في عمومه إذا ثبت هذا فانه يدفع الى المكاتب جميع ما يحتاج اليه لوفاء كتابته فان لم يكن معه شيء جاز أن يدفع اليه جميعها وإن كان معه شيء له يتم ما يتخلص به لان حاجته لا تندفع إلا بذلك ولا يدفع إلى من معه وفاء كتابته شيء لانه مستغن عنه في وفاء الكتاباة قيل ولا يدفع اليه بحكم الفقر شيء لانه عبد ويجوز أن يدفع اليه في كتابته قبل حلول النجم لثلا يحمل النجم ولا شيء معه فتفسخ الكتاباة ولا يدفع إلى مكاتب كافر شيء لانه ليس من مصارف الزكاة ولا يقبل قول المكاتب إنه مكاتب إلا بيينة لان الاصل عدمها فان صدقه السيد ففيه وجهان :

﴿ مسئلة ﴾ (وان مات المودع قاعدى وارثه التسليم لم يقبل الا بيينة) لان صاحبها لم ياتمه عليها فلا يقبل قوله عليه بخلاف المودع فانه ائتمنه فقبل قوله بغير بيينة

﴿ مسئلة ﴾ (فان تلفت عنده قبل امكان ردها لم يضمها)

(الجزء السابع)

(٤١)

(المغني والشرح الكبير)

(أحدهما) : يقبل لان الحق في العبد لسيد فإذا أقر بانتقال حقه عنه قبل . و (اثنائي) : لا يقبل لانه منهم في أنه يواطئه ليأخذ به المال .

(فصل) ويجوز لسيد دفع زكاته الى مكانه لانه قد صار معه في باب المعاملة كالاجنبي حتى يجري بينها الربا فصار كالقريم يدفع زكاته الى غريمه ويجوز للمكاتب ردها الى سيده بمحكم الوفاء لانها رجعت اليه بمحكم الابقاء أشبه ابقاء الغريم دينه بها قال ابن عقيل ويجوز دفع الزكاة الى سيد المكاتب وفاء عن الكتابة وهو الاولى لانه أعجل لعنته وأوصل الى المقصود الذي كان الدفع من أجله فانه اذا أخذ المكاتب قد يدفعه وقد لا يدفعه .

وتقل حبل انه قال قال سفيان لا تعطى مكاتبك من الزكاة قال وسمعت أبا عبد الله يقول : وأنا أرى مثل ذلك .

وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل : أعطى المكاتب من الزكاة ؟ قال : المكاتب بمنزلة العبد فكيف يعطى ؟ ومعناه والله أعلم لا يعطى مكانه من الزكاة لانه عبده وماله يرجع اليه ان عجز وان عتق فله ولاؤه ولا قبل شهادته لمكاتبه ولا شهادة مكانه له

مسئلة قال (وقد روي عن عبد الله رحمه الله رواية أخرى أنه يعتق منها)

اختلفت الرواية عن احمد رحمه الله في جواز الاعتاق من الزكاة فروي عنه جواز ذلك ، وهو قول ابن عباس والحسن والزهرى ومالك واسحاق وأبي عبيد والعباسي وأبي ثور لعموم قول الله تعالى (وفي الرقاب) وهو متناول للفقير بل هو ظاهر فيه فإن الرقبة اذا أطلقت انصرفت اليه كقوله تعالى (فتحرير رقبة) وتقدير الآية وفي اعتاق الرقاب ولانه اعتاق لرقبة فجاز صرف الزكاة فيه كدفعه في الكتابة والرواية الاخرى لا يجوز وهو قول ابراهيم والشافعي لان الآية تقتضي صرف الزكاة الى الرقاب كقوله (في سبيل الله) يريد الدفع الى المهادين كذلك ههنا والعبد القن لا يدفع اليه شيء . قال احمد في رواية أبي طالب قد كنت أقول يعتق من زكاته ، ولكن اهابه اليوم ولانه يجرى الولاء وفي موضع آخر قبل له فما يجبك من ذلك ؟ قال : يعين من ثمنها فهو أسلم

وقد روي نحو هذا عن النخعي وسعيد بن جبير فانها قالا : لا يعتق من الزكاة رقبة كاملة ، لكن يعطى منها في رقبة ويعين مكاتباً ، وبه قال أبو حنيفة وصاحباها لانه اذا أعتق من زكاته انتفع بولاء من أعتقه فكأنه صرف الزكاة الى نفسه

لانه لا تقريظ منه ولا تمد وان كان بعد الامكان فتلفت ففيه وجهان (أحدهما) بضمها متأخر ردها مع مكانه والآخر لا بضمها لانه غير متعد في اثبات يده عليها انما حصلت في يده بغير فعله (فصل) اذا مات المودع وعنده ودعة معلومة بغيرها فعلى وارثه تمسكها صاحبها من أخذها فان لم

وأخذ ابن عقيل من هذه الرواية أن أحد رجم عن القول بالاعتاق من الزكاة وهذا والله أعلم من أحد أنما كان على سبيل الورع فلا يقتضي رجوعاً لأن العلة التي تملك بها جر الولاء ومذهبه أن ما رجع من الولاء رد في مثله فلا ينتفع إذا باعتاقه من الزكاة (فصل) ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم وهو كل ذي رحم محرم فإن فعل اعتق عليه ولم تسقط عنه الزكاة .

وقال الحسن لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة لأن دفع الزكاة لم يحصل إلى أبيه وإنما دفع الثمن إلى بانه ولنا أن نعم زكاته عاد إلى أبيه فلم يجوز كالمو دفعها إليه ولأن عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم فلم يجوز أن يحسب له به عن الزكاة كمنفعة أقاربه ، ولو أعتق عبده المملوك له عن زكاته لم يجوز لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه ولو أعتق عبداً من عبيده لتجارة لم يجوز لأن الواجب في بيعهم لا في عيهم (فصل) ويجوز أن يشتري من زكاته أسيراً مسلماً من أيدي المشركين لأنه فك رقبة من الأسر فهو كفك رقبة العبد من الرق ولأن فيه أعزاً للدين فهو كصرفه إلى المؤتلفة قلوبهم ولأنه يدفعه إلى الأسير لفك رقبته فأشبه ما يدفعه إلى الفارم لفك رقبته من الدين .

(مسئلة) (قال فما رجع من الولاء رد في مثله)

يعني يعتق به أيضاً ، وبهذا قال الحسن وإسحاق وقال أبو عبيد الولاء للمعتق لقول النبي ﷺ « إنما الولاء لمن أعتق » وقال مالك ولاؤه لساير المسلمين لأنه مال لا مستحق له أشبه مال من لا وارث له ، وقال المنبري يجعله في بيت المال للصدقات لأن عتقه من الصدقة فلاؤه يرجع إليها ، ولأن عتقه بمال هو لله والمعتق نائب عن الله تعالى في الشراء والاعتاق فلم يكن الولاء له كالمو توكل في الاعتاق وكالسامي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها ، ولأن الولاء أثر الرق ، وقائدة من المعتق فلم يجوز أن يرجع إلى المزيكي لأفضائه إلى أن ينتفع بزكاته ، وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الولاء له وقد سبق ذلك في باب الولاء .

(فصل) ولا يعقل عنه اختاره الخلال وعن أحد رواية أخرى أنه يعقل عنه اختارها أبو بكر لأنه معتق فيعقل عنه كالقبي عتقه من ماله وإنما لم يأخذ ميراثه بالولاء لئلا ينتفع بزكاته والعقل عنه ليس بانتفاع فيبقى على الأصل

يفعل ضمن كالمودع فإن لم يعلم صاحبها بموت المودع فعلى الورثة اعلامه وليس لهم امساكها قبل ان يعلم بها ربهما لأنه لا يأتهم عليها وإنما حصل مال غيرهم بأيديهم بمنزلة من اطارت الربح الى دايه نوياً وعلم به فعليه اعلام صاحبه به فان احرز ذلك مع الامكان ضمن كذا جاهنا

ولنا أنه لا ولاء عليه فلم يعقل عنه كالأول كان وكيلاً في العتق ولأنه لا يرثه فلم يعقل عنه كالأول اختلف دينها وما ذكره يبطل بالوكيل والساعي إذا اعتق من الزكاة
 ﴿مسئلة﴾ قال (والفارمين)

وهم المدينون العاجزون عن وفا ديونهم هذا الصنف السادس من أصناف الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وثبوت سهمهم وإن المدينين العاجزين عن وفا ديونهم منهم لكن أن غرم في معصية مثل أن يشتري خمرأ أو يصرفه في زنا أو قمار أو غناء ونحوه لم يدفع إليه قبل التوبة شيء، لأنه أعانه على المعصية وإن تاب فقال القاضي يدفع إليه واختاره ابن عقيل لأن إبقاء الدين الذي في القمة ليس من المعصية بل يجب تفرعها والاعانة على الواجب قرينة للمعصية فأشبه من أنلف ماله في المعاصي حتى افتقر فأنه يدفع إليه من سهم الفقراء، وفيه وجه آخر لا يدفع إليه لأنه استدانة للمعصية فلم يدفع إليه كما لو لم يتب ولأنه لا يؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي ثقة منه بأن دينه يقضى بخلاف من أنلف ماله في المعاصي فأنه يعطى لفقره لا لمعصيته

(فصل) ولا يدفع إلى غارم كافر لأنه ليس من أهل الزكاة ولذلك لا يدفع إلى فقيرهم ولا مكاتبهم وإن كان من ذوي القربى فقال أصحابنا يجوز الدفع إليه لأن علة منعه من الأخذ منها لفقره لصيانة عن أكلها لكونها أوساخ الناس وإذا أخذها لقرمه صرفها إلى الفقراء فلا يناله دناءة وسخا، ويحتمل أن لا يجوز لعموم النصوص في منعهم من أخذها وكونها لا تحل لهم، ولأن دناءة أخذها نهـمـل سواء أكلها أو لم يأكلها ولا يدفع منها للغارم له ما يقضي به غرمه لأن الدفع إليه لحاجته وهو مستغن عنها (فصل) ومن الفارمين صنف يعطونهم الغني وهو غرم لاصلاح ذات البين وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضاغائن يتلف فيها نفس أو مال ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك فيسمى انسان في الاصلاح بينهم ويتحمل الدماء التي بينهم والأموال فيسمى ذلك حمالة بنتح الحاء وكانت العرب تعرف ذلك وكان الرجل منهم يتحمل الحمالة ثم يخرج في القبائل فيسأل حتى يؤديها فورد الشرع باباحة المسئلة فيها وجعل له نصيباً من الصدقة فروى قبيصة بن الحارق قل تحملت حمالة فأنتيت النبي ﷺ وسألته فيها فقال وأقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمر لك بها - ثم قال - يا قبيصة ان المسئلة لا تحل إلا لثلاثة رجل تحمل حمالة فيسأل فيها حتى يؤديها ثم يمك، ورجل أصابته جائحة فأبتاحت ماله فحلت له المسئلة حتى يصيب سداداً من عيش - أو - قواماً من عيش ورجل أصابته فاقة حتى يشهد له ثلاثة

(فصل) ولا تثبت الوديعة الا باقرار من الميت أو ورثته أو بينة وإن وجد عليها مكتوب وديعة لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه أو كان وديعة لموروثهم عند غيره أو كانت وديعة فابتاعها وكذلك لو وجد في رزمانج ابيه أن لفلان عندي وديعة كذا لم يلزمه بذلك لجواز أن يكون قد ردها ونسي الضرب على ما كتب أو غير ذلك وهذا قول أصحاب الشافعي وحكي القاضي

من ذوي الحجب من قومه لقد أصابت فلانا فاقه فاحت له المسئلة حتى يصيب سداداً من عيش - أو - قواماً من عيش وما سوى ذلك فهو سحت يا كلها صاحبها سحتنا يوم القيامة » أخرجه مسلم ، وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال « لا تحمل الصدقة لغني إلا لحاجة » ذكر منها الغارم ولأنه إنما يقبل ضمانه وتحمله إذا كان ملياً وبه حاجة إلى ذلك مع الغنى ، وإن أدى ذلك من ماله لم يكن له أن يأخذ لأنه قد سقط الغرم ، وإن استدان وأداها جاز له الأخذ لأن الغرم باق والمطالبة قائمة والفرق بين هذا الغرم والغرم لمصلحة نفسه أن هذا الغرم يأخذ لحاجته إليه لأطفاً ، الشائرة وأخذ الفتنة فجاز له الأخذ مع الغنى كالغاري والمؤلف والعامل والغارم لمصلحة نفسه يأخذ لحاجة نفسه فاعتبرت حاجته وعجزه كالفقير والمسكين والمسكاتب وابن السبيل وإذا كان الرجل غنياً وعليه دين لمصلحة لا يطبق قضاءه جاز أن يدفع إليه ما يتم به قضاءه مع ما زاد عن حد الغنى فإذا قلنا الغنى يحصل بخمسين درهما وله مائة وعليه مائة جاز أن يدفع له خمسون ليتم قضاء المائة من غير أن ينقص غناه قال أحمد لا يعطى من عنده خمسون درهما أو حسابها من الذهب إلا مديناً فيعطى دينه وإن كان يمكنه قضاء الدين من غير نقص من القضاء لم يعط شيئاً .

(فصل) وإذا أراد الرجل دفع زكاته إلى الغارم فله أن يسلمها إليه ليدفعها إلى غريمه وإن أحب أن يدفعها إلى غريمه قضاء عن دينه فمن أحد فيه روايتان (إحداهما) يجوز ذلك نقل أبو الحارث قال قلت لأحد رجل عليه الف وكان على رجل زكاة ماله ألف فأداها عن هذا الذي عليه الدين يجوز هذا من زكاته ؟ قال نعم ما أرى بذلك بآءاً وذلك لأنه دفع الزكاة في قضاء دينه فأشبه ما لو دفعها إليه يقضي بها دينه والثانية لا يجوز دفعها إلى الغريم قال أحمد أحب إلي أن يدفعه إليه حتى يقضي هو عن نفسه قيل هو محتاج بخلاف أن يدفعه إليه فيأكله ولا يقضي دينه قال قيل له يوكله حتى يقضيه فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغريم إلا بوكالة الغارم لأن الدين إنما هو على الغارم فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله وبمحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب ويكون قضاؤه عنه جائزاً وإن كان دافع الزكاة الإمام جاز أن يقضي بها دينه من غير توكيله لأن للإمام ولاية عليه في إبقاء الدين ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه وإذا ادعى الرجل أن عليه ديناً فإن كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البين فلا امر فيه ظاهر لا يكاد يخفى فإن خفي ذلك لم يقبل منه إلا بيينة وإن غرم لمصلحة نفسه لم يدفع إليه إلا بيينة أيضاً لأن الأصل عدم الغرم وبراءة الدمة فإن صدقه الغريم فلي وجهين كالمسكاتب إذا صدقه سيده

أبو الحسين إن المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه أو مأ إليه أحد كما لو وجد في رزمانج أليه ديناً على غيره بخط أليه كان له أن يعمل على خطه ويختلف على استحقاقه بالخط فإذا وجد ديناً عليه كان أولى وأحوط

(مسألة) (وإن ادعى الودعة اثنان فاقربها لأحدهما فهي له مع يمينه) لأن يده دليل على ملكه بدليل

مسئلة قال (وسهم في سبيل الله وهم الغزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح وما ينفقون به على العدو وإن كانوا أغنياء)

هذا المصنف السابع من أهل الزكاة ولا خلاف في استحقاقهم وبقاء حكمهم ولا خلاف في أنهم الغزاة في سبيل الله لان سبيل الله عند الإطلاق هو الغزو قال الله تعالى (وقاتلوا في سبيل الله) وقال (ويجاهدوا في سبيله) وقال (إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفا) وذكر ذلك في غير موضع من كتابه فاذا تقرر هذا فانهم يعطون وإن كانوا أغنياء وبهذا قال مالك وإسحاق وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر وقال أبو حنيفة وصاحبه لا تدفع إلا إلى فقير وكذلك قالوا في الغارم لا صلاح ذات البين لان من تجب عليه الزكاة لا تحمل له كسائر أصحاب السهمان ولان النبي ﷺ قال لمعاذ «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» فظاهر هذا أنها كلها ترد في الفقراء والفقير عندهم من لا يملك نصيبا

ولنا قول النبي ﷺ «لا تحمل الصدقة لغني إلا لحاجة» فإما في سبيل الله أو لمارم وذكر بيتهم ولان الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين وعد بهما ستة أصناف فلا يلزم وجود صفة الصنفين في بقية الأصناف كما لا يلزم وجود صفة الأصناف فيها ولان هذا يأخذ لحاجته إليها دون من يأخذ لحاجتنا إليه فأشبه العامل والمؤلف فأما أهل سائر السهمان فأما يعتبر فقر من يأخذ لحاجته إليها دون من يأخذ لحاجتنا إليه فاذا تقرر هذا فن قال إنه يريد الغزو قبل قوله لانه لا يمكن إقامة البيعة على يئنته ويدفع إليه قدر كفايته لمؤنته وشراء السلاح والفرس ان كان فارسا وحوالته ودرعه وثأته وسائر ما يحتاج إليه لغزوه وان كثر ذلك ويدفع إليه دفعا مراعى فان لم يغز رده لانه أخذه كذلك وان غزا وعاد فقد ملك ما أخذه لاننا دفعنا إليه قدر الكفاية وأما ضيق على نفسه وان مضى إلى الغزو فرجع من الطريق أو لم يتم الغز والذي دفع إليه من أجله رد ما فضل معه لان الذي أخذ لأجله لم يفعله كله (فصل) وأما يستحق هذا السهم الغزاة الذين لاحق لهم في الدواب وانما يتطوعون بالغزو اذا نشطوا قال احمد ويعطى من الفرس ولا يتولى مخرج الزكاة شراء الفرس بنفسه لان الواجب ايتاء الزكاة فاذا اشتراها بنفسه فما أعطى الا فرسا وكذلك الحكم في شراء السلاح والمؤنة وقال في موضع آخر ان دفع من الفرس ومن السيف فهو أعجب إلي ، وان اشتراه هو رجوت أن يجزئه ، وقال أيضا

انه لو ادعاها لنفسه كان القول قوله فكذلك اذا اتر بها لغيره ويلزمه ان يحلف للآخر لانه منكر لحقه فان حلف بريء وان نكل لزمه ان يقرم له قيمتها لانه قوتها عليه وكذلك لو اقر له بها بعد ان اقر بها للاول فانها تسلم الى الاول ويقرم قيمتها للثاني نص عليه احمد

(مسئلة) (وان اقر بها لهما جميعا فهي بينهما) ويلزمه البين لكل واحد منهما في نصفها وان قال لا اعرف

شترى الرجل من زكاته الفرس ويحمل عليه والقناة ويجهز الرجل وذلك لانه قد صرف الزكاة في سبيل الله فجاز كما لودفعها الى الغازي فاشترى بها قال ولا يشترى من الزكاة فرسا يصير حبيسا في سبيل الله ولا دارا ولا ضيمة يصيرها في سبيل الله لرباطها ولا يقفها على المجاهد لانه لم يؤت الزكاة لاحد وهو أمور باتيانها قال ولا يغزو الرجل على الفرس الذي أخرجه من زكاة ماله لانه لا يجوز أن يجعل نفسه صرفا لذكائه كما لا يجوز أن يقضي بها دينه ، ومنى أخذ الفرس التي اشترى به له صار مصرفا لذكائه (مسئلة) قال (ويعطى أيضا في الحج وهو من سبيل الله)

يروى هذا عن ابن عباس وعن ابن عمر الحج في سبيل الله وهو قول اسحاق لما روي أن رجلا جعل قلة له في سبيل الله فأرادت امرأته الحج فقل لها النبي ﷺ دارك بها فان الحج في سبيل الله وعن حماد رحمه الله رواية أخرى لا تصرف منها في الحج وبه قال مالك وابو حنيفة والثوري والشافعي . ابو ثور وابن المنذر وهذا أصح لأن سبيل الله عند الإطلاق إنما تصرف الى الجهاد فإن كل ما في القرآن من ذكر سبيل الله إنما أريد به الجهاد لا اليسير فيجب أن يحمل ما في هذه الآية على ذلك لأن الظاهر ارادته به ولأن الزكاة إنما تصرف الى أحد رجاين محتاج اليها كالقراء والمساكين وفي الرقاب والغارمين انفسا ديونهم او من يحتاج اليه المسلمون كالعامل والغازي والمؤان والغارم لاصلاح ذات البين والحج من الفقير لانفع المسلمين فيه ولا حاجة بهم اليه ولا حاجة به أيضا اليه لأن الفقير لا فرض عليه فيسقطه ولا مصلحة له في إيجابه عليه وتكليفه مشقة قد رفه الله منها وخفف عنه إيجابها وتوفير هذا القدر على ذوي الحاجة من سائر الاصناف أو دفعه في مصالح المسلمين أرلى وأما الخبر فلا يمنع أن يكون الحج من سبيل الله والمراد بالآية غيره لما ذكرنا ، وقال الشافعي يجوز الدفع الى من أراد الحج لكونه ابن سبيل ولا يصح لأن ابن السبيل المسافر المنقطع به أو من هو محتاج الى السفر ولا حاجة بهذا الى هذا السفر فإن قلنا يدفع في الحج منها فلا يعطى الا بشرطين (أحدهما) أن يكون بمن ليس له ما يبيع به سواها لتول انبي ﷺ ولا نحل الصدقة لغني ولا لقي مرة سوي - وقال - لا نحل الصدقة لغني الا لحسة ولم يذكر الحاج منهم ولانه يأخذ حاجته لالحاجة المسلمين اليه فاعتبرت فيه الحاجة كن يأخذ لفقره (والثاني) أن يأخذ لحجة الفرض ذكره أبو الخطاب لانه يحتاج الى اسقاط فرضه وإبراء ذمته اما التطوع فله مندوحة عنه ، وقال القاضي ظاهر كلام احمد جواز ذلك في الفرض والتطوع معا وهو ظاهر قول الحرقى لأن السكك من سبيل الله ولأن الفقير لا فرض عليه فالحجة منه

ساحبا فاعترفا له بجهله بعين المستحق لها فلا يمين عليه وان ادعى معرفته لزمته يمين واحدة انه لا يعلم ذلك وقال ابو حنيفة يحلف يمينين كما لو انكرهما

ولنا ان الذي يدعي عليه أمر واحد وهو العلم بعين المالك فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقرها لاحدها وبفارق ما إذا انكرها لأن كل واحد منهما يدعي عليه أنها له فها دعويان فان حلف

كالتطوع فعلى هذا يجوز أن يدفع اليه ما يحج به حجة كاملة وما يقنيه في حجة ولا يجوز أن يحج من زكاة نفسه كما لا يجوز أن يفزوا بها

(مسئلة) قال (وابن السبيل وهو المنتظم به وله اليسار في بلده فيعطى من الصدقة ما يبلغه)

ابن السبيل هو العصف الثامن من أهل الزكاة ولا خلاف في امتحانه وبقاء ذممه وابن السبيل هو المسافر الذي ليس له ما يرجع به الى بلده وله اليسار في بلده فيعطى ما يرجع به ، وهذا قول قتادة ونحوه قال مالك وأصحاب الرأي ، وقال الشافعي هو المحتار ومن يريد إنشاء السفر الى بلد أضاف دفع اليهما ما يحتاجان اليه لذهابهما وعودتهما لانه يريد السفر لغير معصية فأشبهه المحتار ولنا أن ابن السبيل هو الملازم للطريق الكائن فيها كما يقال ولد القيل للذي يكتر الخروج فيه والقاطن في بلده ليس في طريق ولا يثبت له حكم الكائن فيها ولهذا لا يثبت له حكم السفر به به دون فعله ولانه لا يفهم من ابن السبيل إلا الغريب دون من هو في وطنه ومنزله ، وان انتهت بالحاجة متمهما ، فوجب أن يحمل المذكور في الآية على الغريب دون غيره وانما يعطى وله اليسار في بلده لانه خارج عن الوصول اليه والانتفاع به فهو كالمعذور في حقه ، فان كان ابن السبيل فقيراً في بلده أعطي لفقره وكونه ابن السبيل لوجود الأمرين فيه ويعطى لكونه ابن سبيل قدر ما يوصله الى بلده لان الدفع اليه للحاجة الى ذلك فتقدر بتدبره ، وتدفع اليه وان كان مومراً في بلده اذا كان محتاجاً في الحال لانه عاجز عن الوصول الى ماله فصار كالمعذور ، وان فضل معه شيء بعد رجوعه الى بلده رده لانه أخذه للحاجة وقد حصل اغنى بدونه فأشبه ما لو أخذه لفزوا فلم يفز وان كان فقيراً أو انصل بسفره الفقر أخذ الفضل لفقره لانه ان فات الاستحقاق بكونه ابن سبيل حصل الاستحقاق بحجة أخرى ، وان كان غارماً أخذ الفضل لفرمه

(فصل) وان كان ابن السبيل محتاراً يريد بلداً غير بلده فقال أصحابنا يجوز أن يدفع اليه ما يكفيه في مضيه الى مقصده ورجوعه الى بلده لانه فيه إعانة على السفر المباح وبلوغ الغرض الصحيح لكن يشترط كون السفر مباحاً اما قرية كاللجج والجهاد وزيارة الوالدین أو مباحاً كطلب المعاش والتجارات ، فأما المعصية فلا يجوز الدفع اليه فيها لانه اعانة عليها وتسبب اليها فهو كفعالها فان وشيلة الشيء جارية

افترع بينهما وسلمت الى من تقع له القرعة وقال الشافعي يتحالفان ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا وهذا قول ابن أبي ليلى لانه لا يعلم المالك منهما وللشافعي قول آخر انها تقسم بينهما كما لو أقربها لهما وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فيها حكمي عنهم قالوا وبضمن المودع نصفها لكل واحد منهما لانه فوت ما استودع بحمله

مجرأه ، وان كان السفر ففرضه ففيه وجهان (أحدهما) يدفع إليه لأنه غير معصية (والثاني) لا يدفع إليه لأنه لا حاجة به إلى هذا السفر . ويقوى عندي أنه لا يجوز الدفع للسفر إلى غير بلده لأنه لو جاز ذلك لجاز المنشيء للسفر من بلده ولأن هذا السفر إن كان لجهاد فهو يأخذ له من سهم سبيل الله وإن كان حجاجاً فغيره أهم منه ، وإذا لم يجوز الدفع في هذين فني غيرها أولى وإنما ورد الشرع بالدفع إليه الرجوع إلى بلده لأنه أمر تدعو حاجته إليه ولا غنى به عنه فلا يجوز إلحاق غيره به لأنه ليس في هذا فلا يجوز قياسه عليه ولا نص فيه فلا يثبت جوازه لعدم النص والقياس

(فصل) وإذا ادعى الرجل أنه ابن سبيل ولم يعرف ذلك لم يقبل إلا ببينة ، وإن ادعى الحاجة ولم يكن عرف له مال في مكانه الذي هو به قبل قوله من غير بينة لأن الأصل عدمه معه وإن عرف له مال في مكانه لم تقبل دعواه لفقره إلا ببينة كما لو ادعى إنسان المسكنة

(فصل) وجملة من يأخذ مع الغنى خمسة: العامل ولؤلؤ قلبه والغازي والغارم لاصلاح ذات البين وابن السبيل الذي له اليسار في بلده . وخمسة لا يعطون إلا مع الحاجة: الفقير والمسكين والمكاتب والغارم لمصلحة نفسه في مباح وابن السبيل . وأربعة يأخذون أخذاً مستقراً لا يلزمهم رد شيء بحال: الفقير والمسكين والعامل والمؤلف ، وأربعة يأخذون أخذاً غير مستقر: المكاتب والغارم والغازي وابن السبيل (فصل) ومن سافر لمعصية فأراد الرجوع إلى بلده لم يدفع إليه ما لم يقب فإن تاب احتمل جواز الدفع إليه لأن رجوعه ليس بمعصية فأشبهه رجوع غيره بل ربما كان رجوعه إلى بلده تركاً للمعصية وإقلاقاً عنها كالعاق يريد الرجوع إلى أبيه والفرار من غريمه أو امرأته يريد الرجوع إليهما ويحتمل أن لا يدفع إليه لأن سبب ذلك المعصية فأشبهه الغارم في المعصية

﴿ مسألة ﴾ قال (وإيس عليه أن يعطي لكل هؤلاء الاصناف وإن كانوا موجودين إنما عليه أن لا يجاوزهم)

وذلك لأن الآية إنما سقت لبيان من يجوز الصرف إليه لا لإيجاب الصرف إلى الجميع بدليل أنه لا يجب تعميم كل صنف بها . وقد ذكر الله تعالى في آية أخرى صرفها إلى صنف واحد فقال سبحانه (أن تبدوا الصدقات فنعلمها) ، وإن تحفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) وقال النبي ﷺ لما ذهبن بنه إلى اليمن « أعلمهم أزعلهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم » متفق عليه فلم يذكر في الآية ولا في الخبر الاصناف واحداً وقال النبي ﷺ لقبصة حين تحمل حمالة « أقم

ولنا أنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما فوجب أن يقرع بينهما كالعبد إذا اعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما أو كما لو أراد السفر بأحدى نسائه ، وقول أبي حنيفة لا يضح فإن (المغني والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء السابع)

ياقيصة حتى تأتينا الصدقة فنأمرك بها فذكر دفعها الى صنف وهو من الغارمين وأمر بني زريق بدفع صدقتهم الى سلمة بن صخر وهو شخص واحد رواه أبو داود، وبعث اليه علي رضي الله عنه بذهبية في تربتها فقسمها بين المؤلفات لولهم وهم صنف واحد، والآثار في هذا كثيرة تدل على أن النبي ﷺ لم يكن يعتقد في كل صدقة ثابتة دفعها الى جميع الاصناف ولا نعيمهم بها بل كان يدفعها الى من تيسر من أهلها وهذا هو اللائق بحكمة الشرع وحسنه إذ غير جائز أن يكلف الله سبحانه من وجبت عليه شاة أو صاع من البر أو نصف مثقال أو خمسة دراهم دفعها الى ثمانية عشر نفساً أو أحد وعشرين أو أربعة وعشرين نفساً من ثمانية أصناف لكل ثلاثة منهم ثمناء والغالب تعذر وجودهم في الاقليم العظيم وعجز السلطان عن إيصال مال بيت المال مع كثرة اليهم على هذا الوجه فكيف يكلف الله تعالى كل من وجبت عليه زكاة جمعهم واعطاهم وهو سبحانه القائل (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وقال (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) وقال (لا يكلف الله نفساً الا وسعها) وأذن من قال بوجوب دفعها على هذا الوجه إنما يقوله بلسانه ولا يقدر على فعله وما بلغنا أن النبي ﷺ فعل هذا في صدقة من الصدقات ولا أحداً من خلفائه ولا من صحابته ولا غيرهم ولو كان هذا هو الواجب في الشريعة المطهرة لما أغفلوه، ولو فعلوه مع مشتته تنقل وما أهل اذ لا يجوز على أهل التواتر إهمال نقل مائدة الحاجة الى نقله سيما مع كثرة من تجب عليه الزكاة ووجود ذلك في كل زمان وفي كل عصر وبلد وهذا أمر ظاهر وقد سبقت هذه المسئلة والكلام فيها فيما تقدم

(فصل) ويستحب تقديمها على ما أمكن من الاصناف ليخرج من الخلاف وتعميم من أمكن من كل صنف فان كان المتولي لتفريقها الساعي استحباب إحصاء أهل السهمان من عمله حتى يكون فراغه من قبض الصدقات بعد تنافي أسماؤهم وأنسابهم وحاجاتهم وقدر كفاياتهم لتكون تفرقة عقيب جمع الصدقة، ويبدأ باعطاء العامل لانه يأخذه على طريق المفاوضة فكان استحقاقه أقوى ولذلك إذا عجزت الصدقة عن أجره تم له من بيت المال ولان ما يأخذه أجراً وقد قال النبي ﷺ اعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه ثم بلام فلاهم وأهمهم أشد حاجة، فان كانت الصدقة تفي بحاجة جميعهم أعطي كل إنسان منهم قدر ما يدفع به حاجته، فيعطى الفقير ما يغنيه وهو ما تحصل له بالكفاية في عامه ذلك ولا يماله، ويعطى المسكين مائته به الكفاية إلا أن يعطيه من الذهب أو الورق فقيدهم وإيتان احدهما يعطيه مائته به الكفاية والثانية لا يزيد على خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب إلا أن يكون له عيال فيدفع اليه لكل واحد منهم خمسين درهماً ويدفع الى العامل قدر أجره وإلى الغارم ما يقضي به غرمه وإلى المكاتب ما يوفي به كتابته والنأزي يعطى ما يحتاج اليه لمؤنة غزوه، وابن السبيل ما يبله إلى بلده وان نقصت

العين لم تلتف ولو تلف بغير تفريط منه فلا ضمان عليه وليس في جهله تفريط اذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يجهل .

الصدقة عن كفايتهم فرق فيهم على حسب ما يرى، ويستحب أن لا ينقص من كل صنف عن أقل من ثلاثة لأنهم أقل الجمع إلا العامل فإنه يكون واحداً، وإن فضلت الصدقة عن كفايتهم نقل الفائض إلى أقرب البلاد إليه، وإن كان المتولي لتفريقها ربهما فيستحب أن يبدأ بأهلها من أهله ويفرقها في الأمم فالأهم وهو من اشتدت حاجته وقرب منه نسبه ويعطى من أمكنه

(فصل) وإن اجتمع في واحد سببان يجوز الأخذ بكل واحد منهما منفرداً كالفقير الزارم أعطي بهما جميعاً فيعطى ما يقضي غرمه ثم يعطى ما يغنيه لأن الشخص الذي فيه المعنيان كشخصين وجد في كل واحد منهما أحد المعنيين فيستحق بهما كالميراث لابن عم هو زوج أو أخ من أم ولو أوصى لفراجه وفقراء استحق القريب الفقير سهمين

﴿مسئلة﴾ قال (ولا يعطى من الصدقة لبني هاشم)

ولا لمواليهم ولا لوالدين وإن علوا ولا لأولاد وإن سفل ولا للزوج ولا للزوجة ولا لمن تلزم مؤنته ولا للكافر ولا للملوك إلا أن يكونوا من العامةين عليها فيعطون بحق ما عملوا ولا لابي وهو الذي يملك خسين درهما أو قيمتها من الذهب . هذه المسائل قد تكررت وذكرنا شرحها في باب الزكاة بما أغنى عن أعادته هنا

﴿مسئلة﴾ قال (واذا تولى الرجل اخراج زكاته سقط العاملون)

وذلك لأن العامل إنما يأخذ أجر عماله فإذا أخرج الرجل زكاة نفسه لم يكن ثم عامل عليها ولا من يستحق أجراً فيسقط سهمه والله أعلم

(فصل في جوائز السلطان)

كان الامام أبو عبد الله رحمه الله عليه يتورع عنها وينعم بنيه وعه من أخذها وهجرهم حين قبلوها وسد الابواب بينه وبينهم حين أخذوها ولم يكن يأكل من بيوتهم شيئاً ولا ينتفع بشيء يصنع عندهم وأمرهم بالصدقة بما أخذوه ، وإنما فعل ذلك لأن أموالهم تخطط بما يأخذونه من الحرام من الظلم وغيره فيصير شبهة وقد قال النبي ﷺ «الحلال بين والحرام بين» وبين ذلك أمور مشبهات لا يعلها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ، ومن واطم الشبهات أوشك أن يقع في الحرام

﴿مسئلة﴾ (وان اودعه اثنان مكبلاً أو موزوناً فطلب احدهما نصيبه سلمه اليه) لأن قسمته ممكنة بنير غبن ولا ضرر اختاره أبو الخطاب وفيه وجه آخر أنه لا يجوز في غيبة الشريك إلا أن يحكم بها حاكم قاله القاضي

﴿مسئلة﴾ (وان غصبت الودعة فهل للمودع المطالبة بها ؟ على وجهين) (احدهما) له المطالبة بها لأنه

كالراية حول الحى يوشك أن يقع فيه » وقال النبي ﷺ « دع ما يريك الى ما لا يريك » واحتج أحمد بأن جماعة من الصحابة تنزهوا عن مال السلطان ، منهم حذيفة وأبو عبيدة ومعاذ وأبو هريرة وابن عمر ، ولم ير أبو عبد الله ذلك حراماً فإنه سئل فقيل له مال السلطان حرام ؟ فقال لا ، وأحب إلي أن يتنزه عنه ، وفي رواية قال ليس أحد من المسلمين الا وله في هذه الدرام حق فكيف أقول انها سحت وقد كان الحسن والحسين وعبد الله بن جعفر وكثير من الصحابة يقبلون جوائز معاوية

وروى عن علي رضي الله عنه أنه قال لا بأس بجوائز السلطان ما يعطىكم من الحلال أكثر مما يعطىكم من الحرام ، وقال لا نسأل السلطان شيئاً فان أعطاك فخذ فان ساقى يت المال من الحلال أكثر مما فيه من الحرام وروى عمر بن شبة البصري في كتاب القضاء أن الحسن وابن سيرين والشعبي دخلوا على عمر ابن هبيرة فأمر لكل واحد منهم بألف درهم وأمر للحسن بألفي درهم فقبض الحسن جائزته وأبى ابن سيرين أن يقبض فقال لابن سيرين مالك لا تقبض ؟ قال حتى يعم الناس فقال الحسن الله لو عرض لك ولي اص فأخذ ردائي ورداك ثم بداله أن يرد علي ردائي كنت أقول لا أقبل ردائي حتى ترد علي ابن سيرين رداه ؟ كنت أحب أن تكون أفعه مما أنت يا ابن سيرين ولأن جوائز السلطان لها وجه في الإباحة والتحليل فان له جهات كثيرة من النية والصدقة وغيرها

(فصل) قال أحمد جوائز السلطان أحب إلي من الصدقة يعني أن الصدقة أوساخ الناس حين عنها النبي ﷺ وآله فدناها ولم يصانوا عن جوائز السلطان ، وسئل أحمد عن عامل السلطان فربح ألفاً وآخر أجازة السلطان بألف أيهما أحب إليك ؟ قال الجائزة وذلك لأن الذي يربح عليه ألفاً لا يربحها في الغالب الا بنوع من التدليس والفن الفاحش والجائزة عطاء من الامام برضاه لا تدليس فيها ولا فتن ، وقال أحمد اذا كان بينك وبين السلطان رجل يعني فهو أحب إلي من أخذه منه وذلك لان الوسائط كلما كثرت قربت الى الحل لانها مع البعد تتبدل وتحصل فيها أسباب مبيحة والله أعلم

مأمور بحفظها وذلك من حفظها (والثاني) ليس له ذلك لأنه لم يؤمر به ولا ضمان على المودع سواء أخذت من يده قهراً أو أكرهه على تسليمها فسلمها بنفسه لان الاكراه عذره لا يبيح دفعها فلم يضمها كمالوا أخذت من يده قهراً والله سبحانه وتعالى اعلم



بسم الله الرحمن الرحيم وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع هو عقد الزوجية فعند اطلاق لفظه ينصرف اليه ما لم يصرفه عنه دليل ، وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الاب من غير تزويج لدخوله في قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجازي في العقد تقول العرب انكحنا الفري فسترى أي اضربنا فحل حر الوحش أمه فسترى ما يتولد منها يضرب مثلاً للامر مجتمعون عليه ثم يفرقون عنه . وقال الشاعر

ومن أيم قد أنكحتنا رماحنا وأخرى على خال وعم قلف

والصحيح ما قلنا لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف ، وقد قيل ليس في الكتاب لفظ نكاح بمعنى الوطء الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولأنه يصح نفيه عن الوطء فيقال هذا سفاح وليس بنكاح وبروى عن النبي ﷺ أنه قال « ولدت من نكاح لا من سفاح » ويقال عن المربة ليست بزوجة ولا منكوحة ، ولأن النكاح أحد اللفظين الذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي بلفظي إلى كون اللفظ مشتركاً وهو على خلاف الأصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ، ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان أمراً مرفياً يجب صرف اللفظ عند الإطلاق إليه لشهرته كسائر الأسماء العرفية

﴿ كتاب النكاح ﴾

النكاح في الشرع عقد الزوجية فعند اطلاق لفظه ينصرف اليه ما لم يصرفه عنه دليل وقال القاضي الاشبه بأصلنا أنه حقيقة في العقد والوطء جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الاب من غير تزويج استدلالاً بقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقيل بل هو حقيقة في الوطء مجازي في العقد تقول العرب انكحنا الفري فسترى أي اضربنا فحل حر الوحش أمه فسترى ما يتولد منها يضرب مثلاً للامر مجتمعون عليه ثم يفرقون عنه قال الشاعر :

ومن أيم قد أنكحتنا رماحها وأخرى على خال وعم قلف

قال شيخنا والصحيح ما قلنا لأن الأشهر استعمال لفظة النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة ولسان أهل العرف وقد قيل ليس في الكتاب لفظة نكاح بمعنى الوطء الا قوله (حتى تنكح زوجاً غيره) ولأنه

(فصل) والاصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فانكحوا) ما طاب لكم من النساء منى وثلاث ورباع) الآية وقوله (وانكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) وأما السنة فقوله النبي ﷺ «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وجاء» متفق عليه في أي وأخبار سوى ذلك كثيرة، وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع، واختلف أصحابنا في وجوبه فالمشهور في المذهب أنه ليس بواجب إلا أن يخاف أحد على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه اعفاف نفسه، وهذا قول عامة الفقهاء، وقال أبو بكر بن عبدالعزيز هو واجب وحكاه عن أحمد وحكى عن داود أنه يجب في العمر مرة واحدة للآية والخبر

ولنا أن الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة وقال (منى وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فبدل على أن المراد بالامر الندب وكذلك الخبر يحمل على الندب أو على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام أحمد وأبي بكر في إيجاب النكاح

(فصل) والناس في النكاح على ثلاثة أضرب: منهم من يخاف على نفسه الوقوع في المحذور أن ترك النكاح فهذا يجب عليه النكاح في قول عامة الفقهاء لأنه يلزمه اعفاف نفسه وصونها عن الحرام وطريقه النكاح (اثنائي) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محذور فهذا الاشتغال به أولى من التخلي لنوازل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وهو ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم

يصح نفيه عن الوطء لأنه يقال هذا سفاح وليس بنكاح وروى عن النبي ﷺ أنه قال «ولدت من نكاح لا من سفاح» ويقال عن السرية ليست بزوجة ولا منكوحة ولأن النكاح أحد اللفظين اللذين ينعقد بهما عقد النكاح فكان حقيقة فيه كاللفظ الآخر وما ذكره القاضي يفضي الى كون اللفظ مشتركاً وهو على خلاف الاصل وما ذكره الآخرون يدل على الاستعمال في الجملة والاستعمال فيما قلنا أكثر وأشهر ثم لو قدر كونه مجازاً في العقد لكان اسماً عرفياً يجب صرف اللفظ اليه عند الاطلاق لشهرته كسائر الاسماء العرفية

(فصل) والاصل في مشروعيته الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) وقوله (وانكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم) وأما السنة فقوله النبي صلى الله عليه وسلم «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج. ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء» متفق عليه وقال عليه السلام «اني أتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني» وقال سعد رد رسول الله صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أذن له لاختصنا متفق عليه والتبتل ترك النكاح. وأجمع المسلمون على أن النكاح مشروع

وفعلهم . قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوما ولي طول النكاح فيهن لتزوجت مخافة الفتنة .

وقال ابن عباس لسعيد بن جبير : تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء . وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتتكنن أو لأقولن لك ما قال عمر لأبي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور . قال أحمد في رواية المروزي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء . وقال من دعاك الى غير التزوج فقد دعاك الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره .

وقال الشافعي التخلي لعبادة الله تعالى أفضل لان الله تعالى مدح بحبي عليه السلام بقوله (وسيداً وحسوراً) والحصور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه . وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض القم . ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

ولنا ما تقدم من أمر الله تعالى به ورسوله رحنها عليه ، وقال ﷺ « ولكني أصوم وأفطر وأصلي وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقال سعد اندرد النبي ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاخفيننا . متفق عليها . وعن أنس قال كان النبي ﷺ يأمرنا بالبساة وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول « تزوجوا الولود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة » رواه سعيد . وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الامر ؛ ولان النبي ﷺ تزوج وبالع في العدد وفعل ذلك

﴿مسئلة﴾ (والنكاح سنة لما ذكرنا من أدلة الكتاب والسنة وأدناها الاستحباب)

﴿مسئلة﴾ (والاشتغال به أفضل من التخلي لتوافل العبادة الا أن يخاف على نفسه موافقة

المحظور بتركه فيجب)

الناس في النكاح على ثلاثة أضرب (أحدها) من يخاف على نفسه موافقة المحظور ان ترك النكاح فهذا يجب عليه في قول طامة الفقهاء لانه يلزمه اعفاف نفسه وصر فيها من الحرام وطريقه النكاح (الثاني) من يستحب له وهو من له شهوة يأمن معها الوقوع في محظور فهذا الاشتغال به أفضل من التخلي لتوافل العبادة وهو قول أصحاب الرأي وظاهر أقوال الصحابة رضي الله عنهم وفعلهم قال ابن مسعود لو لم يبق من أجلي الا عشرة أيام وأعلم اني أموت في آخرها يوماً لي فيهن طول النكاح لتزوجت مخافة الفتنة ، قال ابن عباس لسعيد بن جبير تزوج فان خير هذه الامة أكثرها نساء ، وقال ابراهيم بن ميسرة قال لي طاوس لتتكنن أو لأقولن لك ما قال عمر لابي الزوائد ما يمنعك عن النكاح الا عجز أو فجور قال أحمد في رواية المروزي ليست العزبة من أمر الاسلام في شيء ومن دعا الى غير التزوج فقد دعا الى غير الاسلام ولو تزوج بشر كان قد تم أمره . وقال الشافعي التخلي لعبادة الله أفضل لان الله تعالى مدح

أصحابه ولا يشتغل النبي ﷺ وأصحابه إلا بالافضل ولا تجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى . ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوه في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل بالادنى ، ولأن مصالح النكاح أكثر فانه يشتغل على تحصين الدين وإحرازه ونحسين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباداة النبي ﷺ وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة بمجموعها أولى

وقد روي في أخبار المتقدمين أن قوما ذكروا للنبي لهم فضل عابد لهم فقال أما انه لتارك لشيء من السنة فبأن العابد قاتى النبي فدأله عن ذلك فقال انك تركت التزوج فقال يا نبي الله وما هو إلا هذا فلما رأى النبي احتقاره لذلك قال أرايت لو ترك الناس كلهم التزوج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو ويقوم بفرائض الله وحدوده؟ وأما ما ذكر عن يحى فهو شرعه وشرعنا وارد بخلافه فهو أولى . والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقار بها

(القسم الثالث) من لاشهوة له ! لما لم يخلق له شهوة كالعنين أو كانت له شهوة فذهبت بكبر أو مرض ونحوه ففيه وجهان (أحدهما) يستحب له النكاح لعدم ما ذكرنا (والثاني) التخلي له أفضل لانه لا يحصل مصالح النكاح بمنع زوجته من التحسين بغيره ويضر بها بحبسها على نفسه وبعرض نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يتمكن من القيام بها ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . والاخبار تعمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها . وظاهر كلام أحمد انه لا فرق بين القادر على الانفاق والعاجز عنه وقال ويأتي الرجل أن يتزوج فان كان عنده ما ينفق أنفق وإن لم يكن عنده صبر

يحى عليه السلام بقوله تعالى (وسيداً وحصوراً) والحصور الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه وقال تعالى (زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين) وهذا في معرض الذم ولانه عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع

ولما ما تقدم من أمر الله ورسوله به وحثهما عليه وقوله عليه الصلاة والسلام « لكنى أصوم وأفطر وأزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني » وقول سعد : لقد رد النبي صلى الله عليه وسلم على عثمان بن مظعون التبتل ولو أحله له لاختصنا متفق عليهما وعن أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمر بالبلاء وينهى عن التبتل نهياً شديداً ويقول « تزوجوا الودود الودود قاني مكائر بكم الامم يوم القيامة » رواه سعيد وهذا حث على النكاح شديد ووعيد على تركه يقربه الى الوجوب والتخلي منه الى التحريم ، ولو كان التخلي افضل لانكست الاحكام ولان النبي صلى الله عليه وسلم زوج وبالغ في العدد وفعل ذلك أصحابه ولا يشتغل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه إلا بالافضل ولا يجتمع الصحابة على ترك الافضل والاشتغال بالادنى ، ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله فكيف اجتمعوا على النكاح في فعله وخالفوا في فضله فما كان فيهم من يتبع الافضل عنده ويعمل

ولو تزوج بشر كان قد تم أمره واحتج بأن النبي ﷺ كان يصيح وما عنده شيء ويمسي وما عنده شيء، وإن النبي ﷺ زوج رجلا لم يقدر الا على خاتم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء . أخرجه البخاري : قال أحمد في رجل قليل الكسب يضيف قلبه عن العيال : الله يرزقهم ، التزويج أحسن له ربما أتى عليه وقت لا يملك قلبه فيه . وهذا في حق من يمكنه التزويج فأما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (ولا يستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله)

(مسألة) قال (ولا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين)

في هذه المسئلة أربعة فصول (أحدها) ان النكاح لا يصح الا بولي ولا تلك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها ولا توكل غير وليها في تزويجها فان فعلت لم يصح النكاح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم واليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن ومهر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والشرطي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله العنبري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد . وروي عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فان فعلت كان موقوفا على إجازته

وقال أبو حنيفة لما أن تزوج نكاحا غيرها وتوكل في النكاح لان الله تعالى قال [ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن] أضاف النكاح اليهن ونهى عن منعهن منه ولأنه خالص حقها وهي من أهل

بالاولى ولان مصالح النكاح أكثر فانه يشتمل على تحصين الدين واحرازه وتحصين المرأة وحفظها والقيام بها وإيجاد النسل وتكثير الامة وتحقيق مباهاة النبي صلى الله عليه وسلم وغير ذلك من المصالح الراجحة أحدها على نقل العبادة فمجموعها اولى وقد روينافي اخبار المتقدمين ان قوما ذكروا لنبي لهم فضل عابد لهم فقال اما انه لتارك لشيء من السنة فبلغ المأبد فأتى فسأله عن ذلك فقال إنك تركت التزويج فقال يا نبي الله وما هو الا هذا ؟ فلما رأي النبي احتقاره لذلك قال أرأيت لو ترك الناس كلهم التزويج من كان يقوم بالجهاد وينفي العدو أو يقوم بفرائض الله وحدوده وأما ما ذكر عن يحيى فهو شرعه وشرعنا بخلافه فهو اولى والبيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقارنها (القسم الثالث) من لاشهوة له اما لانه لاشهوة له كالعنف او ذهبت شهوته لمرض أو كبر ونحوه فقيه وجهان (احدهما) يستحب له النكاح لما ذكرنا (والثاني) التخلي اه افضل فانه لا يحصل مصالح النكاح ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويضر بها بحبسها عن نفسه ويعرض نفسه لواجبات وحقوق ولعله لا يقوم بها ويشغل عن العام والعبادة بما لا فائدة فيه والاخبار تحمل على من له شهوة لما فيها من القرائن الدالة عليها

(فصل) وظاهر كلام احمد انه لا فرق بين القادر على الاتفاق والمأجزة عنه فانه قال ينبغي للرجل

المباشرة فصح منها كييع أمتها ولأنها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في رقبتها وأثر منافعها في النكاح الذي هو عقد على بعض منافعها أولى

ولنا أن النبي ﷺ قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة و أبو موسى وابن عباس ، قال المروذي سألت احمد ويحيى عن حديث « لا نكاح الا بولي » فقالا صحيح

وروي عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال « إنما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وإيها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام احمد وابو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكروه ، قال ابن خديج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم يقل هذا عن ابن خديج غير ابن عتبة كذلك قال الامام احمد ويحيى ولو ثبت هذا لم يكن حجة لانه قد نقله ثقات عنه فلو نسب الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان . قال النبي ﷺ « نسي آدم فنسيت ذريته » ولأنها مولى عليها في النكاح فلا نليه كالصغيرة وأما الآية فان عضاضها الامتناع من تزويجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي وبطل عليه أنها نزلت في شأن معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضاف إليها محل له . اذا ثبت هذا فانه لا يجوز لها تزويج أحد ، وعن احمد لها تزويج أختها وهذا يدل على صحة عيارتها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وإيها وتزويج غيرها بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكرز قول ابن سيرين ومن معه لقول النبي ﷺ « إنما امرأة زوجت نفسها بغير اذن

ان يتزوج فان كان عنده ما ينفق انفق وان لم يكن عنده صبر ولو تزوج بشركان قد تم امره واحتج بان النبي صلى الله عليه وسلم كان يصبح وما عندهم شيء ويمسي وما عندهم شيء ولان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجاله لم يقدر الا على خادم حديد ولا وجد الا ازاره ولم يكن له رداء اخرجه البخاري قال احمد في رجل قليل السكسب يضيف قلبه عن اليال الله يرزقهم ، التزويج احسن له ربما اتي عليه وقت لا يمكن قلبه الصبر وهذا في حق من يمكنه التزويج قاما من لا يمكنه فقد قال الله تعالى (وليستعفف الذين لا يجدون نكاحاً حتى يغنيهم الله من فضله)

مسئلة (وعن احمد ان النكاح واجب على الاطلاق) اختاره ابو بكر عبد العزيز وحكاه عن احمد وحكي عن احمد انه يجب في العمر مرة للآية والخبر والمشهور في المذهب انه ليس بواجب الا ان يخاف على نفسه الوقوع في محذور بتركه فيلزمه اعفاف نفسه وهو قول أكثر الفقهاء لان الله تعالى حين أمر به علقه على الاستطابة بقوله (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) والواجب لا يقف على الاستطابة (وقال مني وثلاث ورباع) ولا يجب ذلك بالاتفاق فدل على أن المراد بالامرائب وكذلك الخبر يحمل على الندب او على من يخشى على نفسه الوقوع في المحذور بترك النكاح قال القاضي وعلى هذا يحمل كلام احمد وابي بكر في إيجاب النكاح والله أعلم

ولها فنكاحها باطل » ففهموه صحته بإذنه ، ولأن المرأة إنما منعت الاستقلال بالنكاح لتصور عقلها فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها والصحيح الأول لعدم قوله « لانكاح الا بولي » وهذا يقدم على دليل الخطاب والتخصيص « هنا خرج مخرج الغالب فان الغالب أنها لا تزوج نفسها الا بغير إذن وإيها والعملة في منعها صيانتها عن مباشرة ما يشهر بوقاحتها ودعوتها وسيلها الى الرجال وذلك يتنافى حال أهل النسيئة والمروءة والله أعلم

(فصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولى لعقد حاكم لم يجوز نقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة ، وخرج الثاني في هذا وجها خاصة أنه يتنص ، وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لأنه خالف نصا والأول أولى ، لأنها مسألة مختلفة فيها وبسوغ فيها الاجتهاد فلم يجوز نقض الحكم كما لو حكم بالشفعة لاجبار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضه ظواهر (الفصل الثاني) أن النكاح لا يعتمد إلا بشاهدين ، هذا المشهور عن أحمد ، وروي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والزهري وقتادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد أنه يصح بغير شهود وفعله ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحزرة ابنا ابن عمر ، وبه قال عبدالله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدي وبزید بن هارون والتهري وأبو ثور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك إذا أعلنوه .

قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر ، وقال ابن عبد البر قد روي عن النبي ﷺ « لانكاح الا برلي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر إلا أن في نقله ذلك ضعيفا فلم أذكره .

﴿ مسألة ﴾ (ويستحب تحريم ذات الدين الولود البكر الحسية الاجنبية)

لقول النبي ﷺ تتكح المرأة لما لها ولحسبها ولجلها ولدينها قاطفر بذات الدين تربت يداك » متفق عليه والأولى أن لا يزيد على امرأة واحدة ذكره في المحرم لقول الله تعالى (فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة) ولقوله سبحانه (ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم) ويختار الولود لما روى أنس قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول تزوجوا الولود الودود فأنى مكثركم بكم الامم يوم القيامة رواه سعيد . وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا انها لا تلد أفأتزوجها ؟ فنهاه ثم أتاها الثانية فنهاه ثم أتاها الثالثة فقال « تزوجوا الولود الودود فأنى مكثركم » رواه النسائي وعن علي بن الحسين ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا بني هاتم عليكم بنساء الا حاكم فلتسوا اولادهم فان في ارحامهم البركة » قال ويختار البكر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أتزوجت يا جابر ؟ » قال قلت نعم قال « بكر أم ثيبا » قال قلت بل ثيبا قال « فبلا بكر انالاعها وتلاعبك » متفق عليه وعن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « عليكم بالابكار فانهم اعذب افواها وانقى ارحاما وارضي باليسير »

قال ابن المنذر : وقد أعتق النبي ﷺ صفية ابنة حي فتزوجها بغير شهود . قال أنس ابن مالك رضي الله عنه : اشترى رسول الله ﷺ جارية بسبعة قروش ، فقال الناس ما ندري أتزوجها رسول الله ﷺ أم جعلها أم ولد ؟ فلما أن أراد أن يركب حججها فعلوا أنه تزوجها متفق عليه ، قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب : وقال يزيد بن هارون : أمر الله تعالى بالاشهاد في البيع دون النكاح فاشتراط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح ولم يشترطوها للبيع ، ووجه الأولى أنه قد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » رواه الخلال بإسناده وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال لا بد في النكاح من أربعة : الولي والزوج والشاهدان ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد فاشتطت الشهادة فيه لثلاث بحمد أبيه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي ﷺ بغير ولي وغير شهود فن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره .

(الفصل الثالث) أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك منياً على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل القدمة على بعض ولنا قوله عليه السلام لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ولأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

وفي رواية « وافتح أرحاماً » رواه الإمام أحمد ويختار الحسبية ليكون ولدها نجيباً فإنه ربما أشبه أهلها ونزع إليهم وكان يقال إذا أردت أن تزوج امرأة فانظر إلى أبيها وأخيها وعن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تحيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم » ويختار الأجنبية فإن ولدها أنجب ولهذا يقال أغربوا لا تضووا يعني انكحوا الغراب كي لا تضعف أولادكم وقيل الغراب أنجب وبنات العم أصبر ولأنه لا يؤمن المداوة في النكاح وإفضاءه إلى الطلاق وإذا كان في قرابة أفضى إلى قطيعة الرحم للمأمر بصلتها ويختار الجميلة لأنه أسكن لنفسه وأغض لبصره وأكمل لمودته ولذلك شرع النظر قبل النكاح وروى عن محمد بن أبي بكر بن عمرو بن حزم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لبة فليستحسنها » وعن أبي هريرة قال قيل يا رسول الله أي النساء خير ؟ قال « التي تسره إذا نظر وتطيعه إذا أمر ولا تخالفه في نفسه ولا في ماله بما يكره » رواه الإمام أحمد والنسائي وعن يحيى بن جمعة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خير فائدة إفاها المرأة المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد ويختار ذات العقل ويجتنب الحمقاء لأن النكاح يراد للعشرة ولا تصلح العشرة مع الحمقاء ولا يطيب العيش معها وربما تعدي منها ذلك إلى ولدها وقد قيل اجتنبوا الحمقاء فإن ولدها صباغ وصحبها بلاء

(فصل) فأما الفاسقان ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان [إحداهما] لا ينعقد وهو مذهب الشافعي لاخير ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لأنها تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لأن النكاح يكون في القربى والبادية وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يطر فسخه فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقاً لم يؤثر ذلك في العقد لأن الشرط العدالة ظاهراً وهو أن لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل فتبين أن النكاح كان فاسداً لعدم الشرط وليس بصحيح لأنه لو كانت العدالة في الباطن شرطاً لوجب الكشف عنها لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكاً في صحة النكاح فلا ينعقد ولا تحمل المرأة مع الشك في صحة نكاحها وإن حدث الفسق فيها لم يؤثر في صحة النكاح لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد ولو أثر رجل وامرأة أنهما نكحاً بولي وشاهدي عدل قبل قولهما وثبت النكاح بأقرارهما

(فصل) ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين وهذا قول النخعي والاوزاعي والشافعي وعن أحمد أنه قال إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز وإن كان معهن رجل فهو أهون فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده وذلك وهو قول أصحاب الرأي ويروى عن الشعبي لأنه عقد معاوضة فانهقد بشهادتهن مع الرجال كالبيع

وأما أن الزهري قال مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود

(مسئلة) (ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى وجهها من غير خلوة بها)

وعنه له النظر إلى ما يظهر غالباً كالرقبة واليدين والقدمين قال شيخنا لا نعلم بين أهل العلم في إباحة النظر إلى المرأة من أراد نكاحها خلافاً لما روى جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» فخطبت امرأة فكنت أنجباً لها حتى رأيت منها مادعاني إلى نكاحها فتزوجتها روى أبو داود وفيه أحاديث كثيرة سوى هذا ولأن النكاح عقد يقتضي التمليك فكان للعائد النظر إلى المعقود عليه كالامة المستامة ولا بأس بالنظر إليها بأذنها وغير أذنها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالنظر وأطلق ومن حديث جابر فكنت أنجباً لها وفي حديث المغيرة ابن شعبه أنه استأذن أبوها في النظر إليها فكرهاه فأذنت له المرأة روى سعيد ولا يجوز الخلوة بها لأنها محرمة ولم يرد الشرع بنفي النظر فبقيت على التحريم ولأنه لا يؤمن مع الخلوة الواقعة المحظورة قال النبي ﷺ قال «لا يخلون رجل بامرأة فإن ثالثهما الشيطان» ولا ينظر إليها نظر تلهذ وشهوة ولا لرؤية قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا تكون على طريق لذة وله تكرار النظر إليها وتأمل محاسنها لأن المقصود إنما يحصل بذلك

ولا في النكاح ولا في الطلاق رواه أبو عبيد في الاموال وهذا ينصرف إلى سنة النبي ﷺ ولأنه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال وبحضرة الرجال في غالب الاحوال فلا يثبت بشهادتهم كالحدود وبهذا فارق البيع ويحتمل أن أحد إنما قال هو أهون لوقوع الخلاف فيه فلا يكون رواية

(فصل) ولا ينعقد بشهادة صبيين لأنهما ليسا من أهل الشهادة ويحتمل أن ينعقد بشهادة صراعتين عاقلين ولا ينعقد بشهادة مجنونين ولا سائر من لا شهادة له لان وجوده كالعدم ولا ينعقد بشهادة أصميين لأنهما لا يسمعان ولا أخرسين لعدم امكان الاداء منهما وفي انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالخجاء ونحوه وجهان بناء على قبول شهادتهم وفي انعقاده بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان (أحدهما) ينعقد اختاره أبو عبد الله بن بطه له وم قوله «الابن يشاهدني عدل» ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانه قد بهما نكاحه كبائر العدول (والثاني) لا ينعقد بشهادتهما لان العدو لا تقبل شهادته على عدوه والابن لا تقبل شهادته لوالده

(فصل) وينعقد بشهادة عيدين ، وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد ، ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما في سائر الحقوق ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى ، وينعقد بشهادة ضريرين وللشافعية وجهان في ذلك .

ولنا أنها شهادة على قول نصحت من الاعمى كالشهادة بالاستفاضة وإنما ينعقد بشهادتهما اذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيها كما يعلم ذلك من براهما وإلا فلا (فصل) وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في اباحة النظر إلى وجهها لانه ليس بعورة وهو جمع المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر الى ما يظهر عادة وحكي عن الاوزاعي أنه ينظر الى مواضع اللحم وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه السلام «انظر اليها» ولنا قوله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ما ظهر منها) روى عن ابن عباس أنه قال هو الوجه وباطن الكف ولان النظر أيسر للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه والحديث مطلق ومن نظر الى وجه انسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه ثيابه سمي رائيآله قال الله تعالى (وإذا رأيتم تهيجك أجسامهم) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه والكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان إحداهما لا يباح النظر اليه لأنه عورة فلم يباح النظر اليه كالنبي لا يظهر فان عبد الله روى أن النبي ﷺ قال «المرأة عورة» حديث حسن ولان الحاجة تدفع بالنظر الى الوجه فبقي ماعداً على التحريم والثانيه له النظر الى ذلك قال أحدني رواية حنبل لا بأس أن ينظر اليها عند الخطبة حاسرة وقال الشافعي ينظر الى الوجه والكفين ووجه جواز النظر الى ما يظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر اليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر غالباً اذ لا يمكن لإفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولأنه يظهر غالباً

نكاحها وإذا امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه، نص عليه أحمد، وقال الشافعي: لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق لأنه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة.

ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق فيه إلى إتيان فرقة كالصحيح المختلف فيه ولأن تزويجها من غير تفريق يفضي إلى تسليط زوجين عليها، كل واحد منها يمتنع أن نكاحه الصحيح ونكاح الآخر الفاسد ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين وإذا زوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني أيضاً ولم يحز تزويجها الثالث حتى يطلق الأولان أو يفسخ نكاحها، ومتى فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان التفريق بعد الدخول فلها المهر بدليل قوله عليه السلام «لها المهر بما استحل من فرجها» وإن تكرر الوطء فالهر واحد للحديث ولأنه إصابة في عقد فاسد أشبه الإصابة في عقد صحيح.

(فصل) والواجب لها مهر مثلها، أرأى إليه أحمد فإنه قال في العبد: يتزوج بغير إذن سيده يعطي شيئاً. قال القاضي يعني مهر المثل وهو ظاهر قول الحارثي لقوله: إذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما فإن دخل بها الثاني فلها مهر مثلها وهذا مذهب الشافعي. والمنصوص عن أحمد أن لها المسمى لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة «ولها الذي أعطاهما بما أصاب منها» قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني وأبو محمد الحلال بإسناديهما وقال أبو حنيفة الواجب لأقل من المسمى أو مهر المثل لأنها إن رضيت بدون مهر مثلاً فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وإن كان المسمى أكثر لم يجب الزائد لأنه غير عقد صحيح.

فأبيح النظر إليه كالوجه ولأنها امرأة أبيح له النظر إليها من الشارع فأبيح النظر منها إلى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغراً فقالوا له إنما ردك فعاوده فقال أرسل بها إليك تنظر إليها فرفضها فكشف عن ساقها فنالت أرسل لولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك

﴿مسئلة﴾ (وله النظر إلى ذلك وإلى الرأس والساقين من الأمة المستامة ومن ذوات محارمه وعنه لا ينظر من ذوات محارمه إلا إلى الوجه والكفين) يجوز له النظر إلى ذلك من الأمة المستامة كما يجوز إلى من يريد خطبتها قياساً عليها بل الأمة المستامة أولى لأنها تواد للاستمتاع وغيره من التجارة فيها وحسنها يزيد في ثمنها فأما ذوات المحارم فيجوز النظر منهن إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر إلى ما لا يظهر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما قال الأثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أيه وصدرها قال لا ما يجني ثم قال أنا أكره أن ينظر من أمه واخته إلى مثل هذا وإلى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع المرأة والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحمد النظر إلى ساق أمه وصدرها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «فلها المهر بما استحل من فرجها» فجعل لها المهر المدين بالاصابة والاصابة انما توجب مهر المثل ولان العقد ليس بموجب بدليل الخبر وانه لو طلقها قبل مسها لم يكن لها شيء. واذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولان التسمية لو فسدت لوجب مهر المثل فاذا فسد العقد من أصله كان أولى وقول أبي حنيفة انها رضيت بدون صداقها انما يصح اذا كان العقد هو الموجب وقد بينا أنه انما يجب بالاصابة فيجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة

(فصل) ولا يجب لها بالخلوة شيء في قول أكثر أهل العلم لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها المهر بما استحل من فرجها يعني أصاب ولم يصبها، والمنصرص عن احمد أن المهر يستقر بالخلوة قياسا على العقد الصحيح وبناء على أن الواجب المسمى بالعقد وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ولاحد في الوطء النكاح الفاسد سواء اعتقد حله أو حرمة، وعن احمد ما يدل على أنه يجب الحد بالوطء في النكاح بلاولي اذا اعتقد حرمة، وهو اختيار السمرقندي من أصحاب الشافعي لما روي الدارقطني بإسناده عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ان الزانية هي التي تزوج نفسها» وبإسناده عن الشعبي قال: ما كان أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أشد في النكاح بغير ولي من علي رضي الله عنه كان يضرب فيه. وروى الشافعي بإسناده عن عكرمة بن خالد أن الطريق جمعت ركبا فيه امرأة ثيب فخطبها

على التوقي لانه يدعو الى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر الى شعر ذوات المحارم وهو إحدى الروايتين عن أحمد، بنت المهلب قالت قلت للحسن ينظر الرجل الى قرط اخته أو الى عنقها قال لا ولا كرامة وقال لودخلت على ابي فقلت أيتها المعجوز غطي شعرك والصحيح اباحة النظر الى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن) الآية وقالت سهلة بن سهيل يارسول الله انا كنا نرى سالماً ولدا فكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواه مسلم بمعناه وأبو دواد وهذا دليل على انه كان ينظر منها الى ما يظهر غالباً فلما قالت يراني فضلا ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها قال امرؤ القيس

فجئت وقد فضت لنوم ثيابها لدى الستر إلا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الاطراف والشعر وكان يراها كذلك اذا اعتقدته ولدا ثم دلهم النبي صلى الله عليه وسلم على ما يستديمون به ما كانوا يستقدونه ويفعلونه وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي مسعدة انها ارتضعت من أسماء امرأة الزبير قالت فكنت أراه أباً وكان يدخل علي وأنا امشط رأسي فيأخذ بعض قرون رأسي ويقول أقبلي علي ولان التحرز من هذا لا يمكن فأصبح كالوجه وما لا يظهر غالباً

رجل فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود فلما قدموا على عمر رضي الله عنه رفع اليه أمرها ففرق بينهما وجلد الناكح والمنكح

ولنا أن هذا مختلف في إباحته فلم يجب به الحد كالنكاح بغير شهود ، ولأن الحد يدرأ بالشبهات والاختلاف فيه أقوى الشبهات وتسميتها زانية يجوز بدليل أنه مماها بذلك بمجرد العقد وحر جلد هما أدبا وتزويراً ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله وكذلك حديث علي أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه فإن علياً أشد الناس فيه وقد انتهى الأمر إلى الجلد فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلاً ، فإن قيل فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ مع الاختلاف فيه قلنا هو مفارق لمثلنا بدليل أنا نحمد من اعتقد حله ولأن يسير التبيذ يدعو إلى كثيره المتفق على تحريمه وهذا المختلف فيه يعني عن الزنا المجمع على تحريمه فافترقا ، فإذا ثبت هذا فإن من اعتقد حله ليس عليه أثم ولا أدب لانه من مسائل الفروع المختلف فيها ومن اعتقد حرمة ثم وأدب وإن أنت بولد منه لحقه نسبه في الحالين

(فصل) فأما الانكحة الباطلة كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة أو شبهه فإذا علما الحل والتحريم فهما زانيان وعليهما الحد ولا يلحق النسب فيه

(فصل) ويساوى الفاسد الصحيح في اللعان إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه لكون النسب لاحقاً به فإن لم يكن ولد فلا لعان بينهما لعدم الحاجة اليه وتجب العدة بالخلو فيه وعدة الوفاة بالموت فيه والاحداد وكل ذلك احتياطاً لها ، ويفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث ولا نحصل به الإباحة للمزوج ولا يحل للزوج المطلق ثلاثاً بالوطء فيه ولا يحصل الاحصان بالوطء فيه ولا يثبت حكم الإيلاء باليمين فيه ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض

لا يباح لان الحاجة لا تدعو اليه ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور فحرم النظر اليه كما تحت السرة (فصل) وذوات محارمه كل من حرم نكاحها على التأييد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ « ائذني له فإنه عمك تربت يمينك » وقد ذكر الله آباء بمولتهن كما ذكر آباءهن وابناءهن في ابداء الزينة لهم ، وتوقف أحمد عن النظر إلى شعرات المرأة وبنتها لأنها غير مذكورتين في الآية قال القاضي أما حكى قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به وقد صرح في رواية المروذي أنه محرم يجوز له المسافرة بها وقال في رواية أبي طالب ساعة يعقد عقدة النكاح تحرم عليه أم امرأته فله أن يرى شعرها ومحاسنها ليست مثل التي سرى بها لا يحل له أبداً أن ينظر إلى شعرها ولا إلى شيء من جسدها وهي حرام عليه

(فصل) فأما المزني بها وبنتها فلا يحل له النظر اليهن وإن حرم نكاحهن لان تحريمهن بسبب

﴿مسئلة﴾ قال (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها)

انما قيد المرأة بالحرة ههنا لان الامة لا ولاية لابيها عليها وانما وليها سيدها بغير خلاف علناه ،
وأما المرأة الحرة فأولى الناس بتزويجها أبرها ولا ولاية لأحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن
أبي حنيفة ، وقال مالك والزهري وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهو رواية عن أبي حنيفة
لانه أولى منه بالميراث وأقوى تعصيا ولهذا يرث بلاء أبيه دون جده

ولنا أن الولد موهوب لآبيه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك
ذرية طيبة) وقال (هب لي من لدنك وليا) وقال إبراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل
واسحاق) وقال ﷺ « أنت ومالك لأبيك » وأثبت ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس
ولان الاب أكل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولان الاب بلى ولده
في صفه وصفه وجنونه فليده في سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه بخلاف ولاية الابن ولذلك اختص
بولاية المال وجاز له أن يشتري لما من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ، ولان الولاية
احتكام واحتكام الاصل على فرعه أولى من العكس ، وفارق الميراث فانه لا يعتبر به النظر ولهذا يرث الصبي
والجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

﴿مسئلة﴾ قال (تم أبوه وإن علا)

يعنى أن الجد أب الاب وإن علت درجته فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول
الشافعي ، وعن احمد رواية أخرى أن الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم

محرم فلم يفد اباحة النظر كالحرمه باللعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وامها ليست من ذوات محارمه
وكذلك اسكافر ليس بمحرم لقربته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها
ليس هو محرماً لها في السفر اما النظر فلا يجب عليها الحجاب منه لأن أبا سفيان أنى المدينة وهو مشرك
فدخل على ابنته أم حبيبة فطوت فراش رسول الله ﷺ لئلا يجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها
به رسول الله صلى الله عليه وسلم

﴿مسئلة﴾ (وللعبد النظر اليها من مولاته)

يعني الى الوجه والكفين لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيما نهن) ولما روت أم سلمة أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم « قال اذا كان لاحدا كن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » قال الترمذي هذا حديث
حسن صحيح ، وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم أنى فاطمة بعد قد وجهه لها وعلى فاطمة ثوب اذا
قمت به رأسها لم يبلغ رجلها واذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها فلما بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم
ما تلقى قال « انه ليس عليك بأس انما هو أبوك ورواه أبو داود وأما النظر الى شعرها فكرهه أبو غلامك »

وعن أحد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد وهو قول مالك لان الجد يدلي بأبوة الاب والاخ يدلي ببوة والبنوة مقدمة، وعن أحمد ان الجد والاخ سواء لاستوائهما في الميراث بالنسب فاستويا في القرابة فوجب أن يستويا في الولاية كالاخوين ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر فاستويا في الولاية كالاخوين

ولما أن الجد له ايلاد ونسب فيقدم عليهما كالأب ولان الابن والاخ بقادان بها ويقعلمان بسرقة مالها والجد بخلافه لا يسقط في الميراث إلا بالأب والاخ يسقط به وبالأب وابنه، وإذا ضاع المال وفي المسئلة جد وأخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب ولتقدمه على العم وسائر العصبات . إذا ثبت هذا فالجد وان علا أولى من جميع العصبات غير الاب وأولى الاجداد أقربهم وأحقهم في الميراث .

(مسئلة) قال (ثم ابنها وابنه وان سفل)

وجعله أنه متى عدم الاب وآباءه فأولى الناس بمزوج المرأة ابنها ثم ابنه بعده وان نزلت درجته الاقرب فالأقرب منهم وبه قال أصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم أو مولى أو حاكم فبلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها فلا يلي نكاحها كخالها ولان طبعه ينفر من تزيجها فلا ينظر لها ولما ماروت أم سلمة رضي الله عنها أنها لما انقضت عدتها أرسل اليها رسول الله ﷺ بخطبها فقالت يا رسول الله ليس أحد من أوليائي شاهد قال « ليس من أوليائك شاهد ولا غائب بكرك ذلك » فقالت

عبد الله وسعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن ، واباحه ابن عباس لما ذكرنا من الآية والخبرين ولان الله تعالى قال (ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) ولانه يشق التحرز منه فايصح له ذلك كذوى المحارم وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي، والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (ولغير أولى الاربة من الرجال كالكبير والعين ونحوهما النظر الى ذلك وعنه لا يباح) من لا شهوة له من الرجال كالحنث ومن ذهبت شهوته لكبر أو عنة أو مرض لا يرجي برؤه والشيخ الحنفي حكمه حكم ذي الحرم في النظر لقول الله تعالى (والتابعين غير أولي الاربة من الرجال) أي غير أولى الحاجة الى النساء قاله ابن عباس وعنه هو الحنث الذي لا يقوم اربه وعن مجاهد وقتادة الذي لا ارب له في النساء ، فان كان الحنث ذا شهوة ويعرف أمر النساء حكمه حكم غيره ، لان عائشة قالت دخل على أزواج النبي صلى الله عليه وسلم فكنوا يعدونه من غير أولى الاربة فدخل علينا النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبتع امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع وإذا أدبرت أدبرت بثان فقال « لا أرى هذا يعلم ما هننا لا يدخلن عليكم هذا » فضجوه رواه أبو داود

ثم يأمرو فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواء النسائي قال الانرم قلت لابي عبد الله فحدث عمرو بن أبي سلمة حين تزوج النبي ﷺ أمه أم سلمة أليس كان صغيراً قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان ولأنه عدل من عصبتها ثبت له ولاية تزويجها كأخيها، وقولهم ليس بمناسب لما يطل بالحكم والمولى وقولهم ان طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له اصل، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى أو حاكماً. إذا ثبت هذا فإنه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف فعلمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصياً وقد استويا في عدم الابلاد

(مسئلة) قال (ثم أخوها لأبيها وأُمها)

لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فإنه ابن الاب وأقوام تعصياً وأجته بالميراث

(مسئلة) قال (والاخ للاب مثله)

اختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للابوين والاخ للاب إذا اجتمعا فالمشهور عنه أنهما سواء في الولاية وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانهما استويا في الادلاء بالجهة التي تستفاد منها العصبية وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما يرجح الاخ في الميراث بجهة الام ولا مدخل لها في الولاية فلم يرجح بها كالمعين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم، والرواية الثانية الاخ من الابوين أولى واختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وهو

وغيره قال ابن عبد البر ليس الخنث الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما التخنيث شدة اتانث في الحلقة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والتغمة والنظر والمقل، فإذا كان كذلك لم يكن له في النساء أرب وكان لا يفتن لامور النساء فهو من غير أولى الاربة الذين لم يباح لهم الدخول على النساء الا ترى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يمنع ذاك الخنث من الدخول على النساء فلما سمعه يصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه، وعنه لا يباح لانه ذكر بالغ أجنبى فلم يباح له ذلك كالذي له ارب (مسئلة) (وللاشاهد النظر الى وجه المشهود عليها)

تشكون الشهادة واقعة على عينها قال أحمد لا يشهد على امرأة الا أن يكون قد عرفها بعينها وكذلك من يقابل المرأة في بيع أو إجارة فله النظر الى وجهها ليعرفها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن أحمد كراهة ذلك في حق الشابة دون المعجوز ولعله كرهه من يخاف الفتنة أو يستغني عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

(مسئلة) (وللطبيب النظر الى ما تدعو الحاجة الى نظره اليه من بدنها من العورة وغيرها فإنه موضع حاجة وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعداً في بني قريظة كان يكشف عن

الصحيح إن شاء الله ولأنه حق يستفاد بالتعصيب فقدم فيه الاخ من الابوين كليراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فإنه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ من الابوين فيه وبهذا يبطل ما ذكرناه للرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبنيهم، فأما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لأم فهما سواء لأنهما استويا في التعصيب والارث به وقال القاضي فهما من الخلاف مثل ما في ابن عم من أبوين وابن عم من أب لأنه يرجح بجهة أمه وليس كذلك لأن جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث به منفرداً لم يرجح به ولذلك لم يرجح به في الميراث بالولاء ولا في غيره . فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين .

(مسألة) قال (ثم أولادهم وان سفلوا ثم العمومة ثم أولادهم وان سفلوا ثم عمومة الاب)

وجملته أن الولاية بعد من ذكرنا تترب على ترتيب الارث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فأولادهم بعد الآباء بنو المرأة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو أبيها وهم الاخوة ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جدتها وهم الاعمام ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الاب وهم اعمام الاب ثم بنوهم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوهم وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلى مع بنو أب أقرب منه وان نزات درجاتهم، وأولى ولد كل أب أقربهم إليه لأن مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم أشقاهم . ولا أعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم

مؤثرهم وعن عثمان أنه أتني بسلام قد سرق فقال « انظروا الى مؤثره » فلم يجدوه أنبت الشعر فلم يقطعه (مسألة) (وللصبي المميز غير ذي الشهوة النظر الى المرأة الى ما فوق السرة وتحت الركبة في إحدى الروايتين)

لأن الله تعالى قال (ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض) وقال (إذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) فدل على التفريق بين البالغ وغيره قال أبو عبد الله . حججهم أبو طيبة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وهو غلام ، والرواية الاخرى حكمه حكم ذي المحرم في النظر إذا كان ذا شهوة لقول الله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) قيل لا يبي عبد الله متى تنطى المرأة رأسها من الغلام قال : إذا بلغ عشر سنين . (مسألة) (فان كان ذا شهوة فهو كذي المحرم)

لقوله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم) الآية وعنه أنه كالأجنبي لأنه في معنى البالغ في الشهوة وهو المعنى المقتضي للحجاب وتحريم النظر ولقوله تعالى (أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء) فأما الغلام الطفل غير المميز فلا يجب الاستتار منه في شيء .

(فصل) ولا ولاية لغير العصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام والجد أب الام ونحوم نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وأحدى الروايتين عن أبي حنيفة (والثانية) ان كل من يرث بفرض أو تعصيب يلي لانه من أهل ميراثها فوليها كعصباتها ولنا ما روي عن علي انه قال اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى اذا أدركن . رواه أبو عبيد في الغريب . ولانه ليس من عصباتها فأشبهه الاجنبي

(مسألة) قال (ثم المولى المنعم ثم أقرب عصبته به)

لا خلاف نعلمه في أن المرأة اذا لم يكن لها عصبة من نسبها أن مولاهما يزوجها ، ولا في أن عصبة المناسب أولى منه وذلك لانه عصبة مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فلذلك يزوجها وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالأقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فلا ابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى في التعصيب وانما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أبي المعتق فرجع به الى الاصل

(مسألة) قال (ثم السلطان)

لانظم خلافا بين أهل العلم في أن السلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضلهم وبه

(مسألة) (وللرأة مع المرأة والرجل مع الرجل النظر الى ما عدا ما بين السرة والركبة وعنه أن الكافرة مع المسلمة كالأجنبي)

يجوز للرجل مع الرجل النظر من صاحبه الى ما ليس بعورة وفيها روايتان (احداها) ما بين السرة والركبة والاخرى الفرجان وقد ذكرناها في باب ستر العورة ولا فرق بين الامرد وذوي اللحية الا أن الامرد إذا كان جميلا يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يحز تعدد النظر اليه ، فقد روي عن الشعبي قال قدم وفد عبد القيس على النبي صلى الله عليه وسلم وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضوء فأجلسه النبي صلى الله عليه وسلم وراء ظهره رواه أبو حفص ، قال المروزي سمعت أبا بكر الأعمش يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لأبي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جميلا فمضى الى أبي عبد الله فحدثه فلما قنا جاء إلى الرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أختي قال : إذا جئتني لا يكون معك والذي أرى لك أن لا يمضي معك في طريق . فأما الغلام قبل السبع فلا عودة له يحرم انظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى قال كننا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فرفع مقدم قميصه أراه قال فقبل استه « رواه أبو حفص

يقول مالك والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، والأصل فيه قول النبي ﷺ «قال السلطان ولي من لا ولي له» وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة أن النجاشي زوجها رسول الله ﷺ وكانت عنده ولان السلطان ولاية عامة بدليل أنه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في النكاح كلاب (فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك . واختلفت الرواية عن أحمد في والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه والي وليس فيه قاض يزوج إذا احتاط لها في المهر والكفء أرجو أن لا يكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة إذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على الشيء القاضي يفتي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة إنما هو مسلط في الادب والجنابة . وقال مالك والي ولاية إنما هو القاضي . وتناول القاضي الرواية الاولى على أن والي أذن له في التزويج ، ويحتمل انه جعل ذلك إذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكانه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها

(فصل) وإذا استولى أهل البغي في بلد جرى حكم سلطانهم وقاضيه في ذلك مجرى الامام وقاضيه لانه أجري مجراه في قبض الصدقات والجزية والحراج والاحكام فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا يزوج يأتي السلطان لانه ليس من عصباتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فاشبه الاجنبي ، وقال في رواية أخرى في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول إسحاق ، وروى عن ابن مسعود أنه لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان ، وعن الحسن أنه كان لا يرى بأسا أن يزوجها نفسه ، ولما روى أبو داود بإسناده

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة والرجل مع الرجل سواء ولا فرق بين المسلمين وبين المسلمة والكافرة كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذي في النظر ، وقال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تضع خمارها عند اليهودية والنصرانية وأما أنا فاذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبلها حين تلد وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن أبي موسى لقوله تعالى (أو نسأهن) والاول أولى لان النساء من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي صلى الله عليه وسلم فلم يكن يحجبن ولا أمرن بحجاب وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أأذاك الله من عذاب القبر فسألت عائشة رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث، وقالت أسماء قدمت على أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أفأصلاها؟ قال «نعم» ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كما سلم مع الذي ولان الحجاب اما أن يجب بنفس أو بقياس ولم يوجد واحد منهما وأما قوله (أو نسأهن) فيحتمل أن يكون أراد جملة النساء

(مسئلة) (ويباح للمرأة النظر من الرجل الى غير العورة وعنه لا يباح).

عن تميم الداري انه قال : يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين ؟ قال « هو أولى للناس بحياء ومماته » إلا أن هذا الحديث ضعفه أحمد وقال رواية عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من أهل الحفظ والاتقان

(فصل) فإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذوم سلطان فمن أحد ما يدل على انه يزوجه رجل عدل باذنها فانه قال في دعتان قرينة بزواج من ولي لها اذا احتاط لها في الكف والمهر اذا لم يكن في الرستاق قاض ، قال ابن عقيل أخذ قوم من أصحابنا من هذه الرواية أن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي منصور أحمد ينعم من ذلك ، والصحيح أن هذا القول مخصص بحال عدم الولي والسلطان لانه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض ، ووجه ذلك أن اشتراط الولي ههنا ينعم النكاح بالكفاية فلم يجوز كاشتراط انشاءه في حق من لا مناهب لها ، ودروي أنه لا يجوز النكاح إلا بولي لعدم الاخبار فيه

﴿مسئلة﴾ قال (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضرا)

وجملة ذلك أنه يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائبا مجبراً أو غير مجبر لانه روي عن النبي ﷺ أنه وكل أباران في تزويجه بمجونة وكل عمرو بن أمية في تزويجه أم حبيبة ولانه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ولا صاحب الشافعي في توكيل غير الاب والجد وجهان (أحدهما) لا يجوز لانه يلي بالأذن فلم يجوز التوكيل له كالوكيل ولنا انه يلي شرعا فكان له التوكيل كلاب ولا يصح قولهم انه يلي بالأذن فان ولايته ثابتة قبل

وهذه إحدى الروايتين والأخرى لا يباح لها النظر من الرجل الا الى مثل ما ينظر اليه منها اختاره أبو بكر وهو أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نيهان عن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي صلى الله عليه وسلم أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « احتجبين منه » فقات يا رسول الله انه ضرير لا يبصر قال « أفعميا وان أنتما لا تبصرانه ؟ » رواه أبو داود وغيره ولان الله تعالى أمر النساء بنقض أبصارهن كما أمر الرجال به ولأنهن أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر الى النوع الآخر قياساً على الرجال بحقيقته أن المعنى المحرم على الرجال خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ لأنها أشد شهوة وأقل عقلا فتسارع الفتنة إليها أكثر

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى تضعين ثيابك فلا يراك » وقالت عائشة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يستترني بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلبسون في المسجد متفق عليهما ، ولما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن ومعه بلال فأمرهن بالصدقة، ولأنهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء لئلا ينظرون اليهم فأما حديث نيهان فقال أحمد نيهان روي حديثين عجيبين هذا

اذنها وانما اذنها شرط لصحة تصرفه فأتى به ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في ان الحاكم أن يستنيب في التزويج من غير اذن المرأة ولان المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف لناثبها من قبلها ؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقا ومقيداً فالقيد التوكيل في تزويج رجل بعينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرصاه أو من يشاء ، قال احمد رحمه الله في رواية عبد الله في الرجل يولى على أخته وابنته يقول اذا وجدت من ترصاه فزوجها فتزوج به جائز ، ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فانه روي أن رجلا من العرب ترك ابنته عند عمر وقال اذا وجدت لها كفواً فزوجها اياها ولو بشراك نعل فزوجها عمر من عثمان بن عفان رضي الله عنه فنهى أم عمرو بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولانه إذن في النكاح فجاز مطلقا كاذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا والله أعلم

(فصل) ولا يعتبر في صحة الوكالة اذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أباً أو غيره ولا يفتقر الى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المخير التوكيل الا باذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير اذن الموكل وحكى عن الحسن بن صالح أنه لا يصح الا بمحضرة شاهدين لانه يراد لحل الوطء فانقر الى الشهادة كما انكحاح

ولنا انه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر الى اذن المرأة ولا الى اشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر الى اشهاد بخلاف النكاح ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالسرعي

الحديث والآخر « إذا كان لاحدا كن مكاتب فلتحتجب منه » كأنه أشار الى ضعف حديثه إذ لم يرو الا هذين الحديثين الخالفين للاصول وقال ابن عبد البر . نهان مجهول لا يعرف إلا برواية الزهري عنه هذا الحديث وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نهان خاص لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأرم قلت لابي عبد الله كان حديث نهان لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس ؟ قال نعم وان قدر التعارض فتقديم الاحاديث الصحيحة أولى من الاخذ بحديث مفرد في اسناده مقال

﴿ مسألة ﴾ (ويجوز النظر الى الغلام لغير شهوة)

فأما النظر اليه لشهوة فلا يباح لأنها تدعوا الى الفتنة وقد ذكرنا ذلك

﴿ مسألة ﴾ (ولا يجوز النظر الى أحد ممن ذكرنا لشهوة لما ذكرنا من خوف الفتنة)

ومعنى الشهوة انه يتلذذ بالنظر اليه والله أعلم

(مسألة) (ولكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن الآخر ولمسه وكذلك السيد مع امته)

لما روى بهزبن حكيم قال قلت يا رسول الله عورتا ما تأتي منها وما ندع ؟ قال « احفظ عورتك الامن

(فصل) وبُثِّتَ لَوَكِيلٍ مَا يَثْبُتُ لِمَوْكَلٍ وَإِنْ كَانَ وَلِيُّهُ الْإِجْبَارُ ثَبِتَ ذَلِكَ لَوَكِيلِهِ وَإِنْ كَانَتْ وَلَايَتُهُ مَرَاجَعَةً لِحَاجَةِ الْوَكِيلِ إِلَى أَذْنِهَا وَمَرَاجَعَةً لِأَنَّهُ نَائِبٌ فَيُثْبِتُ لَهُ مِثْلُ مَا ثَبِتَ لِمَنْ يَنْوِبُ عَنْهُ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي السُّلْطَانِ وَالْحَاكِمِ يَأْذَنُ لِنَبِيهِ فِي التَّزْوِيجِ فَيَكُونُ الْمَأْذُونُ لَهُ قَائِمًا بِمَقَامِهِ

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله هل تستفاد الولاية في النكاح بالوصية ؟ فروى أنها تستفاد بها وهو اختيار الحرقى لقوله أو وصى ناظرا له في التزويج وهو قول الحسن وحامد بن أبي سلمان ومالك وعنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشافعي والنخعي والحارث العكلي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعا فلم يجوز أن يوصى بها كالحضانة ولأنه لا ضرر على الوصي في تضيقها ووضعها عند من لا يكافئها فلم تثبت له الولاية كالأجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبية جاز لعدم ذلك .

ولما أنها ولاية ثابتة للاب فجازت وصيته بها كولاية المال ولأنه يجوز أن يتسبب فيها في حياته فيكون نائبه قائما بمقامه بعد موته فجاز أن يتسبب فيها كولاية المال وما ذكره يطل بولاية المال ، فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية إليه في المال لأنها إحدى الولايتين فلم يملكها بالوصية كالوصية الأخرى قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح .

(فصل) فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالأب أو غير مجبر كغيره ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الإجماع فكذلك وصيه وإن كان يحتاج إلى أذنها

زوجتك أو ماملكت يمينك» رواه الترمذي وقال حديث حسن ولا فرق بين الفرج وغيره لمعوم الحديث ولأن الفرج يباح الاستمتاع به فجاز النظر إليه ولمسه كبقية البدن وقيل يكره النظر إلى الفرج لقول عائشة ما رأيت فرج رسول الله صلى الله عليه وسلم قط رواه ابن ماجة وفي لفظ قالت ما رأيت من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا رآه مني قال أحمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رفاق. فلا بأس به قلت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار إلا هي وزوجها مرخص في ذلك

(فصل) وحكم السيد حكم الزوج فيها ذكرنا وسواء في ذلك مريته وغيرها لأنه يباح له الاستمتاع بجميع بدنهما فأباح له النظر إليه فأما أن زوج أمته حرم عليه الاستمتاع بها والنظر منها إلى ما بين السرة والركبة لما روى عمر بن شبيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أجنبي فلا ينظر إلى مادون السرة وفوق الركبة فإنه عورة » رواه أبو داود ومفهومه إباحة النظر إلى ماعدها وأما تحريم الاستمتاع بها فلا خلاف فيه فإنها قد صارت مباحة للزوج ولا تمثل امرأة لرجلين فإن وطئها أم وعليه التعزير لأنه فعل محرما فإن أولدها فقال أحمد لا يلحقه

فوصيه كذلك لأنه يقوم مقامه فهو كالوكيل . وقال مالك إن عين الأب الزوج ملك الوصي إجبارها صغيرة كانت أو كبيرة ، وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية واعتبر أذنهما وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجهما بأذنها

ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زوج وكيل الأب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لأن الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجه خيار كالوكيل

« مسألة » قال (وإذا كان الأقرب من عصبتها طفلاً أو كافراً أو عبداً زوجها

الأبعد من عصبتها) .

وجملة ذلك أن الولاية لا تثبت لطفل ولا عبد ولا كافر على مسلمة بحال فعند ذلك يكون وجودهم كالعدم فثبتت الولاية لمن هو أبعد منهم كما لو ماتوا وتعتبر ثبوت الولاية لمن سميناً ستة شروط : العقل والحرية والإسلام والذكورية والبلوغ والعدالة على اختلاف نذكره فأما العقل فلا خلاف في اعتباره لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه غيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره كطفل . ومن ذهب عقله بجنون أو كبير كالشيخ إذا أُنند .

قال القاضي والشيبخ الذي قد ضعف لكبره فلا يعرف موضع الخطأ لها لا ولاية له فأما الأغما فلا يزِيل الولاية لأنه يزول عن قرب فهو كالنوم ولذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الأنبياء

لسبب لانها فراش لغيره فلم يلحقه ولدها كالأجنبية قلت وقد ذكر في باب حكم امهات الاولاد انه يلحقه النسب لانه وطء سقط فيه الحد لشبهة الملك اشبه وطء الجارية المروهنة

(فصل) وأما نظر الرجل الى الأجنبية من غير سبب فيحرم عليه النظر الى جميعها في ظاهر كلام أحمد فانه قال لا يأكل مع مطلقته هو اجنبي لا يحل له ان ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر الى كفها؟ لا يحل له ذلك وقال القاضي يحرم عليه النظر الى ماعدا الوجه والكفين لانه عورة ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر بغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن الا ماظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفان وروت عائشة ان اسماء بنت ابي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثياب رفاق فأعرض عنها وقال يا أسماء « ان المرأة اذا بلغت الحيض لم تصلح ان يرى منها الا هذا وهذا » وأشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولانه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه من غير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتموهن متاعاً فاسئلهن من وراء حجاب) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا كان لاحد اكن مكاتب فلك ما يؤدي فلتحتجب منه » وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله

عليهم السلام ومن كان يحن في الاحيان لم تزل ولايته لانه لا يستديم زوال عقله فهو كالانسان.
(الشرط الثاني) الحرية ، فلا ولاية لعبد في قول جماعة اهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه
فلي غيره أولى . وقال أصحاب الرأي يجوز أن يزوجه العبد باذنها بناء على أن المرأة تزوج نفسها
قد مضى الكلام في هذه المسئلة

(الشرط الثالث) الاسلام ولا يثبت لكفر ولاية على مسلمة وهو قول عامة اهل العلم أيضاً ،
قال ابن المنذر أجمع عامة من نكحها عنه من اهل العلم على هذا قال أحمد بلغنا أن علياً أجاز نكاح الاخ
ورد نكاح الاب وكان نصرانيا

(الشرط الرابع) الذكورية شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة ناقصة
قاصرة تثبت الولاية عايناً لقصورها عن النظر لنفسها فلا تثبت لها ولاية على غيرها أولى
(الشرط الخامس) البلوغ شرط في ظاهر المذهب قال احمد لا يزوج الغلام حتى يحتمل ليس له
أمر وهذا قول أكثر اهل العلم منهم الثوري والشافعي واسحاق وابن المنذر وأبو ثور ، وعن أحمد
رواية أخرى انه اذا بلغ عشرأ زوج ونزوح وطلق وأجهزت وكالته في الطلاق وهذا يحتمله كلام
الحنفى لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلاً ووجه ذلك أنه يصبح يمينه ووصيته في طلاقه فتثبت له الولاية
كالبالغ والاول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لان الولاية يصير لها كمال الحال لانها تنقيد بالتصرف
في حق غيره اعتبرت نظراً له والعبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة
(الشرط السادس) العدالة في كونها شرطاً رواه ابنان (احدهما) هي شرط قال احمد اذا كان

صلى الله عليه وسلم فجاءته الحتمية تستفتيه وتنظر اليه فصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم وجهه عنها، وعن
جابر بن عبد الله قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نظر الفجأة فأمرني أن أصرف بصري
حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تتبع النظرة النظرة
فإنما لك الأولى وليس لك الآخرة » رواها ابو داود وفي إباحة النظر الى المرأة اذا أراد تزويجها
دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحاً على الاطلاق فما وجه التخصيص لهذه الحال وأما
حديث أسماء ان صح فيحتمل انه كان قبل زول الحجاب فيحمل عليه

(فصل) فأما العجوز التي لا تشتهي فلا بأس بالنظر الى ما يظهر منها غالباً لقول الله تعالى (والقواعد
من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يفضون أبصارهم -
وقل للمؤمنات يفضضن من أبصارهن) نسخ واستثنى من ذلك (القواعد من النساء اللاتي لا يرجون
نكاحاً) الآية وفي معنى ذلك الشوهاة التي لا تشتهي

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدين والساقين لان عمر رضي
الله عنه رأى أمة متكئة فضرها بالدرة وقال بالكاع تشبهين بالحرائر وروى ابو حفص اسناده ان

القاضي مثل ابن الحلبي وابن الجعدي استقبل النكاح فظاهر هذا انه افسد النكاح لاتقاء عدالة المولي له وهذا قول الشافعي وذلك لما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أنه قال : لانكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل ، قال ابن عباس قال احمد أصبح شي . في هذا قول ابن عباس وقد روي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « لانكاح الا بولي وشاهدي عدل ، وأما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروي عن أبي بكر البرقاني بإسناده عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « لانكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولها ولاية نظرية فلا يستبدئها الفاسق كولاية المال ، والرواية الاخرى ليست بشرط .

نقل مثنى بن جامع أنه سأل احمد اذا تزوج بولي فاسق وشهود عدول فلم ير أنه يفسد بن النكاح شي . وهذا ظاهر كلام الحرقي لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه يلي نكاح نفسه فنثبت له الولاية على غيره كالعدل ولان سبب الولاية القرابة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعبياً عليه السلام زوج ابنته وهو أعمى ولان المقصود في النكاح يعرف بالسمع والاستفاضة فلا يفتقر الى النظر ولا يشترط كونه ناطقاً بل يجوز أن يلي الاخرس اذا كان مفهوم الاشارة لان اشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك في النكاح

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لم يصح توكيله لان وكيله نائب عنه وقائم مقامه ، وإن وكله

عمر كان لا يدع امة تقنع في خلافته وقال انما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل امر به وقد روى انس ان النبي صلى الله عليه وسلم لما أخذ صفية قال الناس أجملها ام المؤمنين أم أم ولد ؟ فقالوا إن حجبها فهي أم المؤمنين وإن لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطأ لها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وإن الحجب لغيرهن كان معلوماً وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ما ليس بمورة وهو مافوق السرة وتحت الركبة وسوى بعض اصحاب الشافعي بين الحرة والامة لقول الله تعالى (ولا يدين زينتهن الا ماظهر منها) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة الخوفة يستوي فيها الحرة والامة فان الحرية لا تؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص وبوجب الفرق بينهما وإن لم يفترقا فيما ذكرناه افتراقاً في الحرمة ومشقة السير لكن ان كانت المرأة جميلة يخاف الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم الى الغلام الذي لم تخش الفتنة بالنظر اليه قال احمد في الامة اذا كانت جميلة تنقب ولا ينظر الى المدلوكة كم من نظرة الفت في قلب صاحبها البلابل

(فصل) والطفلة التي لا تصلح للنكاح لا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في الرجل

الوالي في تزويج موليته لم يجز لانها ولاية وليس هو من أهلها ، ولأنه لما لم يملك تزويج مناصبته بولاية النسب فلأن لا يملك تزويج مناصبة غيره بالتوكيل أولى ، ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد لأنهم من أهل اللفظ بالعقد وعبارتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية نفسها لأنه يعتبر لها الكمال ولا حاجة إليه في اللفظ به ، فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له أو وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير فقال أصحابنا لا يصح لأنه أحد طرفي العقد فلم يجز توكيله فيه كالأبواب ويحتمل جواز توكيل من ذكر نافيه لأنهم من أهله ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالبيع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العدة

(مسئلة) قال (وزواج أمة المرأة باذنها من زوجها)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزواج أمة المرأة فروي عنه أنه يلى نكاحها والى سيادتها قال القاضي هذا هو الصحيح وهو مذهب الشافعي لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتعت في حقها لتصورها فتثبت لاوليائها كولاية نفسها ولأنهم يلونها لو عتقت في حال رقها أولى ثم إن كانت سيدها رشيدة لم يجز تزويج أمها إلا باذنها لأنها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكرًا لأن صلتها إنما اكتفى به في تزويج نفسها لمباينتها ولا تستحب من تزويج أمها ، وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفية ولولها ولاية على مالها فله تزويج أمها إن كان الحظ في تزويجها وإلا فلا يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لأن فيه تقريرا بمال الصغيرة لأنها ربة إحداثت

ولنا أن له التصرف بما فيه الحظ والتزويج هاهنا فيه الحظ لأن الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات

بأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها فإن كان يجده شهوة فلا وإن كان لنير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدني أن الزبير بن العوام أرسل بابنة له إلى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبد الله فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر فقطعها وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «مع كل جرس شيطان» فأما إذا بلغت حداً يصلح للنكاح فإن عورتها مخالفة لمورة البالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» يدل على صحة صلاة من لم تحض مكشوفة فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الثلام المراهق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت نلى ابنة أخي فدخل نلى النبي صلى الله عليه وسلم فأعرض فقلت يا رسول الله أنها ابنة أخي وجارية فقال «إذا عركت المرأة لم يجز لها أن تظهر الأوجها وما دون هذا» وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضتيه وبين الكف مثل قبضة أخرى وانحوها احتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دليل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(مسئلة) (ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة ولا التعريض بخطبة الرجعية)

الجائزة واحتمال الحظ مرحوع لما فيه من تحصيل مررها وولدها وكفاية مؤتمها وصياتها عن الزنا الموجب للحد في حتمها وبعض قيمتها والمرجوح كالمعدوم وان كان وليها في مالها غير ولي في تزويجها فولاية تزويجها لولي في المال دون ولي التزويج لانه هو المتصرف في المال وهي مال (الرواية الثانية) أن للمرأة أن تولي امرأتها رجلاً يزوها نقلها عن أحد جماعة لان سبب الولاية للملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المناشرة لنقص الانوثة فلما كنت التوكيل كالرجل المريض والغائب وتقل عن أحد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدتها تزوها فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك في مالها، وهذا يحتمل أنه ذهب اليه وهو قول أبي حنيفة لأنها مالكة لها وولايتهامة عليها فلما كنت تزويجها كالسيد ولانها ملك يدها وإجارتها فلما كنت تزويجها كسيدتها ولان الولاية إنما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاية وصيانة لحظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاية وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن أحد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب إلي أن تأمر زوجها لان النساء لا يمتدن وقد ذكرنا في خبر أبي هريرة عن النبي ﷺ انه قال «لا تنكح المرأة المرأة» وقالت عائشة رضي الله عنها زوجها فان النساء لا يزوجن واءقدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة لا ملك أن تزوج نفسها بغيرها أولى.

(مسئلة) قال (يزوج مولاتها من يزوج أمتها)

يعني عتيقتها وهذه فيها الروايتان (أحدهما) أن لمولاتها التوكيل في تزويجها رجلاً لانها عصبتها

أما التصريح بخطبة المعتدة فلا يجوز لان قول الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) دليل على تحريم التصريح لان التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن ان يحملها الحرص عليه على الاخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(مسئلة) فأما الرجعية فلا يجوز لاحد التعريض لحطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتي في صلب نكاحه

(مسئلة) (ويجوز في عدة الوفاة وفي البائن بطلاق ثلاث)

المعتدات على ثلاثة اضرب وحكمها حكم من هي في صلب النكاح وقد ذكرناها (الثاني) المعتدة من وفاة او طلاق ثلاث أو فسح لتحريمها على زوجها كالفسخ برضاع او لمان ونحوه مما لا يحل بسدة لزوجها فهذه يجوز التعريض بخطبتها الآية ولما روت فاطمة بنت قيس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لما لما طلقها زوجها ثلاثاً «إذا حملت فأذيني» وفي لفظ «لا تسبقين بنفسك» وهذا تعريض لحطبتها في عدتها

(مسئلة) (وهل يجوز في عدة البائن بشير الثلاث؟ على وجهين)

هذا الضرب الثالث كالخليفة والبائن بفسخ ليب أو اعسار أو نحوه فلزوجها التصريح بخطبتها

وترثها بالتعصيب فأشبهت العتق (والثانية) ولي سيدتها وليها وهي الأصح لأن هذه ولاية له كإحالة المرأة ليست من أهل ذلك فيكون إلى عصبتها لأنهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أوليائها كما لو تذر على المعتق تزويج معتقته لموت أو جنون وقد ذكرنا أنه إذا اقترض العصب من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباته من بعده الأقرب فلا قرب كذا هاهنا إلا أن ظاهر كلام الحنفي ههنا تقديم أبي حنيفة المعتقة على ابنها لأنه الذي يزوجهما وذكرنا ثم خلاف هذا ويعتبر في ولاته شرطان (أحدهما) عدم العصب من النسب لأن المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) إذن الزوجة لأنها حرة وليست له ولاية إجبار فانه أبعد العصبات ولا يفتقر إلى إذن مولاتها لأنها لا ولاية لها ولا ملك فأشبهت قريب الطفل إذا زوج البعيد

(فصل) وإذا كان للأمة مولى فهو وليها وإن كان لها مولى فإن الولاية لها وليس لواحد منها الاستقلال بالولاية بغير إذن صاحبه لأنه لا ملك إلا نصفها وإن اشترجا لم يكن للسلطان أن ينوب عنهما لأن تزويجهما تصرف في المال بخلاف الحرية فإن نكاحها حق لها ونفعه عائد إليها ونكاح الأمة حق لسيدها ونفعه عائد إليه فلم يثبت للسلطان عنه فيه فإن أعتقها ولها عصب مناصب فهو أولى منهما وإن لم يكن لها عصب فمها ولياها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لأن ولايته على نصفها فإن اشترجا أمام الحاكم أقام الحاكم مقام المتنع منها لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها وإن كان المعتق أو المعتقة واحدا وله عصبات في درجة واحدة كالابن أو الأخوين فلا أحدهما الاستقلال بتزويجهما كما يملك تزويج سيدتها (مسألة) قال (من أراد أن يتزوج امرأة هو وليها جعل أمرها إلى رجل يزوجهما منه بأذنها)

والتعريض لأنه مباح له نكاحها في عدتها فهو كثير المدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها؟ فيه وجهان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولأنها بان أشبهت المطلقة ثلاثاً (والثاني) لا يجوز لأن الزوج يملك أن يستنيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة مما يحل ويحرم لأن الخطبة للعقد فلا يختلفان في حله وحرمة

(مسألة) (والتعريض قوله أني في مثلك لراغب ولا تقويني بنفسك وما أحوجني إلى مثلك) وقال الزهري أنت مرغوب فيك وأنت جميلة وإذا حلت فآذنيني ونحو ذلك قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تشيع الجنازة فقال لها رجل لا تسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك (مسألة) (وتحبيبه المرأة ما يرغب عنك وإن قضي شيء كان وما أشبهه)

(فصل) فأما التصريح فهو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو قوله زوجيني نفسك فإذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل أن هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سرا) فإن النكاح يسمى سراً قال الشاعر :

فلم تطلبوا سرها للنبي ولن تسلموها لأزهاها

وجعلته ان ولي المرأة التي يحمل له نكاحها وهو ابن العم أو المولى أو الحاكم أو السلطان إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك . وهل له أن يتولى طرفي العقد بنفسه ؟ فيه روايتان [أحدهما] له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال : قال عبد الرحمن بن عوف لأم حكيم ابنة فارط أنجملين أمرك إلي ؟ قالت نعم . قال قد تزوجتك . ولأنه ملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل لقبول فصح كالأول وجدا من رجلين . وقد روي عن النبي ﷺ أنه أعتق صفية وجعل عتقها صداقها . فان قيل قد روي أن النبي ﷺ قال « كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح : زوج وولي وشاهدان » قلنا هذا لأنهم لم يسمعوا صحته وان صح فهو مخصوص بمن زوج أمته عبده الصغير فيخص منه محل النزاع أيضا ، وهل ينتقل إلى ذكر الإيجاب والقبول أم يكفي بمجرد الإيجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة . وقيل هذا النكاح لان ما ينتقل إلى الإيجاب ينتقل إلى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفي أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ولان إيجابه يتضمن القبول فأشبه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا إذا قلنا لأمته قد أعتقتك وجعلت عتقك صداقك ينتقل النكاح بمجرد هذا القول

[والرواية الثانية] لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن بولي رجل أو رجلين . قال أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبه وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبه أمر رجلا تزوجه امرأة المغيرة أولى بها منه ولأنه عقد

وقال الشافعي السر الجماع وأنشد لامرئ القيس

ألا زعمت بسباسة القوم أنني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عذري جماع يرضيك فنهى عنه لما فيه من الهجر والفحش والدناءة والسحق (فصل) فان صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صح نكاحه وقال مالك يطلقها تطليقة ثم يتزوجها ولا يصح هذا لان هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كافي النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها

(مسئلة) (ولا يجوز للرجل أن يخطب على خطبة أخيه ان أجيب وان رد حل وان لم يعلم

الحال فعلى وجهين)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل للمرأة ليتزوجها وبالضم حمد الله والتشهد ولا يخلو حال الخطوبة من ثلاثة أقسام (أحدها) أن تسكن إلى الخاطب لها فتجيبه أو تأذن لوليها في إجابته فهذه محرم على غيره خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » وعن أبي (المغني والشرح الكبير) (٤٦) (الجزء السابع)

ملكه بالاذن فلم يجوز أن يتولى طرفيه كإبيح . وبهذا فارق . إذ أزواج أمته عبده الصغير ، وعلى هذه الرواية أن وكل من يقبل له العقد وتولى هو الإيجاب جاز وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجهما إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفيه كإبيح ولا أن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكه بالاذن فلا يتولى طرفيه كإبيح ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء لأنه لا ولاية لهم مع وجوده

وأما ما ذكرناه من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها فغيره نصح أن يلبس عليها له إذا كانت تحمل له كالامام إذا أراد أن يزوجه موليته ، ولأن هذه امرأة ولها ولي حاضر غير عاضل فلم يلها الحاكم كالأمر أن يزوجه غيره ومفهوم قوله عليه السلام «السلطان ولي من لا ولي له» أنه لا ولاية له على هذه (فصل) وإذا أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يجوز أن يزوجه نفسه لأن إطلاق الاذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره ، فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه ، وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلاً يزوجه لولده وقبل هو النكاح له افتقر إلى اذنها للوكيل على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجه إلا باذنها وإن وكل رجلاً يقبل لولده النكاح وأوجب هو لم يحتج إلى اذنها لأنها قد أذنت له

(فصل) وإذا زوج أمته عبده الصغير جاز له أن يتولى طرفي العقد لأنه مالك ذلك بحكم الملك لا يحكم الاذن في قولهم جميعاً ، وإن كان مالسكلاً أحد طرفي العقد . فوكله مالك الطرف الآخر فيه

هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يشكح أو يترك » متفق عليها ولأن في ذلك إفساداً على الخاطب الأول وإيقاع العداوة بين الناس ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم إلا أن قوماً حملوا التهي على الكراهة ، والأول أولى (القسم الثاني) أن رده لا تركز إليه فتجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبى جهم خطباها فقال النبي ﷺ « أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبى جهم لها ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه اضربها فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة إلا منعها بخطبتها إياها وكذلك لو عرض لها في عدها بالخطبة فقال لا تقوتيني بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لأن في قصة فاطمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تقوتيني بنفسك » ولم يذكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعيد عن أبي رثاب أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحسك وعلى عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر : إن جرير بن عبد الله خطب وهو سيد أهل المشرق ومروان يخطب وهو سيد شباب قریش وعبد الله بن عمر وهو من قد علم وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الست

أو وكله الولي في الإيجاب والزواج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين لأنه ملك ذلك بالأذن وإن زوج بنته الكبيرة^(١) عبده الكبير لم يجوز ذلك إلا برضاها لأنه لا يكاد يكافئها فيخرج فيه أيضاً وجهان ، وإن زوجه ابنته الصغيرة لم يجوز لأنه لا يجوز له تزويجها عن لا يكافئها عنه يجوز وسند ذلك أن شاء الله تعالى

(١) في نسخة
الصغيرة

(مسئلة) قال (ولا يزوج كافر مسلمة محال ، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطاناً أو سيد أمة)

أما الكافر فلا ولاية له على مسلمة محال بإجماع أهل العلم منهم مالك والشافعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم وقال أبو الخطاب في القمي إذا أسلمت أم ولده هل يلي نكاحها؟ على وجهين (أحدهما) يليه لأنها مملوكة فيلي نكاحها كالمسلم ولأنه عقد عليها فليها كاجارتها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) ولأنها مسلمة فلا يلي نكاحها كابنته ، فلي هذا يزوجه الحاكم وهذا أولى لما ذكرنا من الإجماع وأما المسلم فلا ولاية له على الكافرة في غير السيد والسلطان وولي سيد الأمة الكافرة وذلك لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولأن مختلfi الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً وأما سيد الأمة الكافرة فله تزويجها لكفر لكونها لا تحل للمسلمين وكذلك ولي سيد الأمة الكافرة يلي تزويجها لكفر لأنها ولاية بالمال فلم يمنعها كون سيد الأمة الكافرة مسلماً

فقلت أجاد أمير المؤمنين؟ فقال نعم فقلت قد انكحت أمير المؤمنين فأنكحوه فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الأول (القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون تعريضاً لا تصريحاً كقولها ما أنت إلا رضى وما عنك رغبة فهذه في حكم الأول لا تحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الحرقى وظاهر كلام أحمد فانه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركون يستدل عليه بالتعريض نارة وبالتصريح أخرى قال القاضي ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي صلى الله عليه وسلم وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما ، واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما يدل على الرضى أو لا

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولأنه وجد منهما ما دل على الرضى فخرمت خطبتها كما لو صرحت ، بذلك وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين (أحدهما) أن النبي صلى الله عليه وسلم قد كان قال لها « لا تسبقيني بنفسك » وفي رواية « إذا حلت فأذيني » فلم تكن لتصاب بالإجابة قبل أذنه (الثاني)

كسائر الولايات ولأن هذه تحتاج إلى التزويج ولا ولي لها غير سيدها ، فأما السلطان فله الولاية على من لا ولي لها من أهل الذمة لأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام وهذه من أهل الدار فتثبت له الولاية عليها كالمسلمة ، وأما الكافر فتثبت له الولاية على أهل دينه على حسب ما ذكرناه في المسلمين ، ويعتبر فيهم الشروط المعتبرة في المسلمين ويخرج في اعتبار عدائته في دينه وجهان بناء على الروايتين في اعتبارها في المسلمين (فصل) إذا تزوج المسلم ذمية فزولها الكافر يزوجها إياه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي رضي الله عنه لأنه وإياها فصحت تزويجها كما لو تزوجها كافراً ، ولأن هذه امرأة ولها ولي مناسب فلم يجوز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي ، وقال القاضي لا يزوجها إلا الحاكم لأن أحمد قال لا يعقد به ردي ولا نصراني عقد نكاح مسلم ولا مسلمة ، ووجهه أنه عقدة تترى إلى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصبح والشهود يرادون لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

(مسئلة) قال (وإذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها فالنكاح فاسد) هذه المسئلة تشتمل على أحكام ثلاثة (أحدها) أنه إذا زوجها الولي الأبعد مع حضور الولي الأقرب فاجابته إلى تزويجها من غيره اذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لأن هذا ولي له أن يزوجها باذنها كالأقرب ولنا أن هذا مستحق بالتعصيب فلم يثبت الأبعد مع وجود الأقرب كالميراث ، وبهذا فارق القريب البعيد .

أنما ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالمستشارة له فيها أو في العدول عنها وليس في الاستشارة دليل على أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أنها ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركها لما ذكر من عيبها فخرى ذلك مجرى ردها لها وتصريحها بمنعها ، ومن وجه آخر وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قد سبقها بخطبتها تعريضاً بقوله لها ما ذكرنا فكانت خطبته لها مبنية على الخطبة السابقة بخلاف ما نحن فيه ، فإن لم يعلم الحال فعلى وجهين (أحدهما) لا يجوز لعموم النهي (والثاني) يجوز لأن الأصل عدم الإجابة المحرمة

(مسئلة) (والتعويل في الإجابة والرد عليها إن لم تكن مجبرة وإن كانت مجبرة فعلى الولي) أما إذا لم تكن مجبرة فلأنها أحق بنفسها من وليها فإن أجاب هو وزغت عن النكاح كان الأمر أمرها فإن أجاب وليها فرضيت فهو كاجابته وإن سخطت فلا حكم لاجابته لأن الحق لها ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المحاب واختارت غيره سقط حكم إجابة وليها لكون اختيارها مقدماً على اختياره وإن كرهته ولم تختار سواه فينبغي أن يسقط حكم الإجابة أيضاً لأنه قد امر باستئثارها فلا ينبغي له أن يكرها على من لا رضاه ، وإن أجابت ثم رجعت عن الإجابة وسخطته زال حكم الإجابة لأن

(الحكم الثاني) ان هذا العقد يعم قاسد لا يقف على الاجازة ولا بصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم اذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المعتبر اذنها بغير اذنها أو تزوج العبد بغير اذن سيده فالتكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص احمد عليه في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى انه يقف على الاجازة فان أجازته جاز وإن لم يجزه فسد . قال احمد في صغير زوجه عنه فان رضي به في وقت من الاوقات جاز وإن لم يرض فسخ ، واذا زوجت البتيمة فلها الخيار اذا بلغت ، وقال اذا زوج العبد بغير اذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطبق عليه فالتطلاق بيد السيد ، فان أذن في التزويج فالتطلاق بيد العبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يعتبر فيها الاذن وروي ذلك في التكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب وعن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن ابن صالح واسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكر أمت النبي ﷺ قد كُتِرَ له أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه

وروي ان فتاة أمت النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خبيسه قال فجعل الامر اليها فقالت قد اجزت ما صنع أبي ولا يمكنني أردت أن أعلم أن النساء من الامر شيئاً ، رواه ابن ماجه والنسائي ، وفي رواية ابن ماجه أردت ان أعلم النساء أن ليس الى الآباء من الامر شيء . ولانه عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » وقال « اذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال انه موقوف

لها الرجوع وكذلك اذا رجع الولي المجرع عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في أمر موليته ما لم يقع العقد ، وان لم يرجع هي ولا وليها لكن ترك الخاطب الخطبة وأذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة غيره في موضع التهي محرمة قال أحمد : لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال وقال أبو حفص العكبري هي مكروهة غير محرمة وهذا نهى تأديب

ولنا ظاهر التهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهى عن الاضرار بالآدمي المصوم فكان على التحريم كالتهي عن أكل ماله فان فعل فنكاحه صحيح نص عليه أحمد فقال لا تفرق بينهما وهذا مذهب الشافعي وروي عن مالك وداود أنه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في مناه لانه نكاح منهى عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره للولي الرجوع اذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها

على ابن عمر . ولأنه عقد لا تثبت فيه أحكامه من الطلاق والحلم واللعان والتوارث وغيرها فلم ينعقد كتنكاح المعتدة . فأما حديث المرأة التي خبرها النبي ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود . ثم يحتمل أن هذه المرأة هي التي قالت زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيه فتخيرها لتزويجها من غير كفئها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح ، والوصية بترأخي فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفريم على هذه الرواية لوضوحها . فأما على الرواية الأخرى فإن التهمة تعتبر في العقد لأنها شرط له فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الإجازة لأنها ليست بعقد ولأنها إذا وجدت استند الملك إلى حالة العقد حتى لو كان في العقد غم . ملك من حين العقد لأن حين الإجازة ، وإن مات أحدهما قبل الإجازة لم يرثه الآخر لأنه مات قبل تمام العقد وصحته . وفي وجه آخر أن كان مما لورفع إلى الحاكم أجازته ورثه الآخر لأنه عقد يلزمه إجازته فهو كالصحيح وإن كان مما يفسخه لم يرثه

(فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير إذن وإيها أو الامة بغير إذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من جملة الصور التي فيها الروايتان ، والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصريح النبي ﷺ فيه بالاطلاق ولأن الإجازة إنما تكون لعقد صدر من أهله في عمله فإن المرأة ليست أهلاً له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح منها ، وإذا لم يصح مع الأذن المقارن فلأن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ولا تفريم على هذا ، فأما على القول الآخر فتزوجت المرأة بغير إذن الولي فرفع إلى الحاكم لم يملك إجازته والامر فيه إلى الولي

في النظر لها فلم يكره له الرجوع إذا رأى المصلحة كما لو ساوم في بيع دارها ثم رأى المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضاً الرجوع إذا كرهت الخاطب لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في خطبتها وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اختلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها كمن ساوم بسلعته ثم بدا له أن لا يبيعها

(فصل) فإن كان الخاطب الأول ذمياً لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه أحمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يساوم على سوم أخيه إنما هو للمسلمين ، ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو ساوم على سومهم لم يكن داخلاً في ذلك لأنهم ليسوا باخوة للمسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضاً لأن هذا أخرج مخرج الغالب لا لتخصيص المسلم به

ولنا أن لفظ النهي خاص في المسلمين والحق غيره به إنما يصح إذا كان مثله وليس الذمي كالمسلم ولا حرمة كحرمة ولذلك لم تجب أجابهم في دعوة الوليمة ونحوها ، وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في الخصوص معنى يصلح أن يعتبر في الحكم لم يحز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه والاخوة الإسلامية لها تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستيفاء مودته فلا يجوز حذف ذلك

فتى رده بطل لان من وقف الحكم على اجازته بطل برده كالأمة إذا زوجت بغير اذنها وفيه وجه آخر انه اذا كان الزوج كفواً أمر الحاكم الولي باجازه فان لم يفعل أجازه الحاكم لانه لما امتنع من الاجازة صار عاضلاً فانتقلت الولاية عنه الى الحاكم كما في ابتداء العقد ، ومتى حصلت الاصابة قبل الاجازة ثم أجزى فالمر واحد اما المسمى واما مهر المثل ان لم يكن مسمى لان الاجازة مستندة الى حالة العقد فيثبت الحل والملاك من حين العقد كما ذكرنا في البيع ، ولذلك لم يجب الحد ، ومتى تزوجت الامة بغير اذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الاجازة إلى من نحل له انفسخ النكاح لانه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفه فأبطلتها ولانها أقوى فأزالت الأضعف كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه ، وان خرجت الى من لا نحل له كالمرأة أو اثنين فكذلك أيضاً لان العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجوز باجازه غيره كإلحاق غيره ثم باعها المالك فأجاز المشتري الثاني بيع الاجنبي وفيه وجه آخر انه يجوز باجازه المالك الثاني لانه يملك ابتداء العقد فلك اجازته كالاول . ولا فرق بين أن يخرج يبيع أو يرث أو هبة أو غيره فأما ان أعتبها اليد احتمل أن يجوز النكاح لانه انما وقف لحق المولى فاذا أعتق سقط حقه فصح العقد ، واحتمل أن لا يجوز لان إبطال حق المولى ليس باجازه ولان حق المولى ان بطل من الملك فلم يبطل من ولاية التزويج فانه يابها بالولاء .

(فصل) وإذا زوجت التي يعتبر اذنها بغير اذنها قلنا يقف على اجازتها فاجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضى من التمكن من الوطء أو المطالبة بالمهر والنفقة ، ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لان أدلة الرضى تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي ﷺ لبربرة « ان وطئك زوجك فلا خيار لك » جعل

(مسألة) (ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة)

لان جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم ضمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن غنبة ولانه يوم شريف ويوم عيد وفيه خلق آدم عليه السلام ، والمساء اولى فان ابا حفص روى باسناده عن ابي هريرة قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مسوا بالاملاك فانه اعظم للبركة » ولانه اقرب الى مقصوده وأقل لانتظاره

(مسألة) (ويستحب ان يخطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود)

خطبة العاقد أو غيره قبل الايجاب والقبول مستحبة ثم يكون العقد بعد ذلك لقول النبي ﷺ « كل امر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع » وقال « كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليد الجذماء » رواها ابن المنذر ، ويجزي من ذلك ان يحمد الله تعالى ويتشهد ويصلي على النبي ﷺ ويستحب ان يخطب بخطبة ابن مسعود التي قال علمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة قال التشهد الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور انفسنا من يهدي الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له واشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمداً عبده ورسوله ويقرأ ثلاث آيات (اقوال الله حق تقاه ولا تخون الاوائهم مسلمون * واتقوا الله الذي تساءلون به والاولحام ان الله كان عليكم رقيباً * اتقوا

تمكينها دليلاً على امتقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة والتحكيم من الوطء دليل على الرضى لان ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

(الحكم الثالث) اذا عضلها الولي الاقرب انتقلت الولاية إلى الابد نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر وذكر ذلك عن عثمان بن عفان رضي الله عنه وشرحه وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين وامتنع من قضائه

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الاقرب فلكه الأبد كما لو جن ولأنه يفسق بالعضل فتنقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم، والحديث حجة لنا لقوله «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل لان قوله «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل، والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) أنها حق لولي والدين حق عليه (الثاني) أن الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل لعارض من جنون الولي وفسقه وموته

(الثالث) ان الدين لا يعتبر في بقاءه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرنا فان قيل فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب اليه قلنا فسخه بامتناعه فاذا أجاب فقد نزع عن المعصية وراجع الحق فزال فسقه فلذلك صح تزويجه والله أعلم

(فصل) ومعنى العضل منع المرأة من التزويج بكفتها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه قال معقل بن يسار زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى اذا انقضت عدتها جاء

الله وتولوا قولاً سديداً يصلح) الآية رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، قال الخلال ثنا ابو سليمان امام طرسوس قال كان احمد بن حنبل اذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة ابن مسعود قام وتزكهم وهذا كان من أبي عبد الله على طريق المبالغة باستحبابها لاعلى الايجاب لها فان حرب بن اسماعيل قال فأت لا أحمد فيجب ان تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود فوسع في ذلك وقد روى عن ابن عمر أنه كان اذا دعى لتزويج قال لا تنصوا علينا الناس الحمد لله وصلى الله على محمد ان فلانا يخطب اليكم فان انكمحتوه فالحمد لله وان رد دتموه فسبحان الله، والمستحب خطبة يخطبها الولي أو الزوج أو غيرهما فقال الشافعي المسنون خطبتان هذه التي ذكرناها في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمتقول عن النبي صلى الله وسلم وعن السلف خطبة واحدة وهو أولى ما تبع

(فصل) وليست الخطبة واجبة عند احد من أهل العلم الا داود فانه اوجبها لما ذكرناه ولنا ان رجلاً قال للنبي صلى الله عليه وسلم زوجنيها فقال رسول الله صلى الله عليه زوجتكما بما معك من القرآن متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى ابن عمر مولاة له فما زاد على ان قال قد

تخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمك فطلقتها ثم جئت نخطبها لا والله لا نعود إليك أبدا وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله تعالى هذه الآية (ولا تعضلوهن) فقلت الآن افعل يا رسول الله قال فزوجها إياه رواه البخاري وسواء طلبت التزويج بهر مثلها أو دونه وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها لأن عليهم في ذلك عارا وفيه ضررأ على نساها لنقص مهر مثلهن

ولنا أن المهر خالص حقها وعوض يختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عايبا فيه كضمن عبدها وأجرة دارها ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولأن النبي ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه «التمس ولو خاتما من حديد» وقال لامرأة تزوجت بهلين «أرضيت بهلين من نفسك؟» قالت نعم فأجازه النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فإن عمر قال لو كان مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولا كمها رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فإن رغبت في كف، بعينه وأراد تزويجها لغيره من أكفائها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلا لها فأما إن طلبت التزويج بغير كفها فله منعها من ذلك ولا يكون عاضلا لها بهذا لأنها لو زوجت من غير كفها كان له فسخ النكاح فلأن تمتنع منه ابتداء أولى.

«مسئلة» قال وإذا كان وليها غائبا في موضع لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه زوجها من هو أبعد منه من عصبتها فإن لم يكن فالسلطان

الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أولهما) أن الاقرب إذا غاب غيبة مقطعة فلا بعد من عصبتها تزويجها دون الحاكم وبهذا قال

انكحتك على ما أمر الله على أمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وقال جعفر بن محمد عن أبيه أن كان الحسين إزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواهما ابن المنذر وروى أبو داود بإسناده عن رجل من بني سليم قال خطبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يتشهد، ولأنه عقد معاوضة فلم يجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لأعلى الوجوب

«مسئلة» (يستحب أن يقال للزوج بارك الله لكما وعليكما وجمع بينكما في خير وعافية)

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن ابن عوف صفرة فقال «ما هذا؟» قال إني تزوجت غلى وزن نواة قال «بارك الله لك أو لم ولو يشاء» متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن نواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند أهل العربية أن يقال نواة فحسب فإن النواة (الجزء السليم) (٤٧)

(المغني والشرح الكبير)

أبو حنيفة وقال الشافعي يزوجها الحاكم لأنه تعذر الوصول إلى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحاكم مقامه كما لو عضلها ولأن الأبعد محبوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

ولنا قوله عليه السلام «السلطان ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليها، ولأن الأقرب تعذر حصول التزويج منه فتثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ولأنها حالة يجوز فيها التزويج بغير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالأصل وإذا عضلها الأقرب فهو كسنة ثلث

(والفصل الثاني) في الغيبة المتقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها نفي قول الحارثي هي من لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه لأن مثل هذا تعذر مراجعته بالكلية فتكون منقطعة أي ينقطع من إمكان تزويجها، وقد أقاضي يجب أن يكون حد المسألة أن لا تردد القوافل فيه في السنة إلا مرة لأن الكف، ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها

وقد قال أحمد في موضع: إذا كان الأب بعيد السفر يزوج الأخ، قال أبو الخطاب فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تنصرف فيه الصلاة لأن ذلك هو السفر الذي علفت عليه الأحكام، وذهب أبو بكر إلى أن حدها ما لا يقع إلا بكلمة ومشقة، لأن أحمد قال إذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب إليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لا تدرك إلا بكلمة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له وهذا القول إن شاء الله تعالى أقربها إلى الصواب فإن التعديلات بابها التوقيف ولا توقف في هذه المسألة قدر إلى ما يتعارفه الناس بينهم ما لم تجر العادة بالانتظار

عندم اسم خمسة دراهم كما أن الأوقية أربعون درهما والنش عشرون (مسئلة) (ويقول إذا زفت إليه اللهم أني أسألك خيرا وخيرا ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه) لما روى صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه ثاداد عن أبي نضرة عن أبي أسعد مولى أبي أسيد قال تزوج حفصه عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فصلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أهلك فصل ركعتين ثم خذ رأس أهلك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارزقهم مني وارزقني منهم ثم شأنك وأهلك وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إذا تزوج امرأة واشترى خادما فليقل اللهم أني أسألك خيرا وخيرا ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه وإذا اشترى بيرا فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك

(باب أركان النكاح وشروطه)

أركانه الإيجاب والقبول فلا ينمقد الا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنها وبمناها الخاص بكل لسان لمن لا يحسنها

فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالمعذور والتحديد بالعام كبير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ومن لا يصل الكتاب منه أبعد ومن هو على مسافة القصر لا تلحق المشقة في مكانته والتوسط أولى والله أعلم واختلف أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المتقطعة فقال بعضهم كقول القاضي : بعضهم قال من الري إلى بغداد وبعضهم قال من البصرة الى الرقة وهذا القولان يشبهان قول أبي بكر واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مسافة القصر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم ، وإن كان الولي قريباً وهو ظاهر نص الشافعي وظاهر كلام احمد انه اذا كانت الغيبة متقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) وان كان القريب محبوساً أو أسيراً في مسافة قرية لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود هنا ولذلك ان كان غائباً لا يعلم قريب أم بعيد أو يعلم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد

(مسئلة) قال (واذا زوجت من غير كف، فالنكاح باطل)

اخذت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط له قال إذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان وقال أحمد في الرجل يشرب الشراب ما هو

وجملته ان النكاح ينعقد بلفظ النكاح والتزويج والجواب عنها اجماعاً وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجناكها) وقوله (ولا تكحوا ما نكح اباؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا مثل ان يقول زوجتك ابنتي فيقول قبلت هذا النكاح أو هذا التزويج ولا ينعقد بغير هذين اللفظين وبه قال عطاء وسعيد بن المسيب والزهري وربيعة والشافعي وقال الثوري والحسن ابن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك وفي لفظ الاجارة عن أبي حنيفة روايتان وقال مالك ينعقد بذلك اذا ذكر المهر واحتجوا بان النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلاً امرأة فقال «ملككنما بما معك من القرآن» رواه البخاري ولانه لفظ ينعقد به تزويج النبي صلى الله عليه وسلم فانهقد به نكاح امته كلفظ الانكاح والتزويج ولانه امكن تصحيحه بمجازه فوجب تصحيحه كايقاع الطلاق بالكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي - الي قوله - خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولانه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الاجارة والاباحة والاحلال ولانه لبس بصرح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية أما

بكفء لها يفرق بينهما وقال لو كان المتزوج حائناً فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لا تمنع فردج ذوات الاحساب إلا من الاكفاء رواه الحلال بأسناده

وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجبرير في سفر فأقيمت الصلاة فقال جبرير لسلمان تقدم أنت قال سلمان بل أنت تقدم فانكم معشر العرب لا يتقدم عليكم في صلاتكم ، ولا تنكح نساؤكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم ولأن المتزوج مع فقد الكفاءة تعترف في حق من يحدث من الاولياء بغير اذنه فلم يصح كآلو زوجها بغير اذنها

وقد روي عن النبي ﷺ قال : « لا تنكحوا النساء إلا من الاكفاء ولا تزوجوهن إلا الاولياء » رواه الدارقطني إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتاج بمثله

والرواية الثانية عن أحد أنها ليست شرطاً في النكاح وهذا قول أكثر أهل العلم ، روي نحو هذا عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماد بن أبي سلمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقوله تعالى (ان أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة رضي الله عنها إن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار أخرجه البخاري وأمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج اباه زيد بن حارثة ابنة عمت زينب بنت جحش الاسدية وقال ابن مسعود لا خته انشدك الله أن تزوجي الا مسلماً وان كان أحر رومياً أو اسود حبشياً ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو الاولياء أو لها فلم يشترط وجودها كإسلامة من العيوب

تعمل بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ان لا ينعقد وبهذا فارق بقية العقود والطلاق وأما الخبر فقد روي «زوجتكم أو أنكحتكم أو زوجنا كها» من طرق صحيحة والقصة واحدة فالظاهر ان الراوي روى بالمعنى ظناً منه ان معناهما واحد فلا يكون حجة وان كان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انعقد باحدها والباقي فضلة

(فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح عقده بغيرها وهذا أحد أقوال الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لانه أتى بلفظه الخاص فانعقد به كما ينعقد بالعربية

ولما انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة عليه فلم يصح كلفظ الاحلال ولأن الشهادة شرط في النكاح وهي واقعة على اللفظ وغير هذا اللفظ ليس بموضوع للنكاح وإنما يصرف اليه بالنية ولا شهادة عليها فيخلو النكاح عن الشهادة وما قاله أبو حنيفة أقيس قياساً على سائر العقود وما ذكره من تعذر الشهادة على غير العربية ملغى بما اذا لم يحسن العربية

(فصل) فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه

وقد روي أن أبا هند حجج النبي ﷺ في الإفوخ فقال النبي ﷺ « يا بني نياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه » رواه أبو داود إلا أن أحد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً والصحيح أنها غير مشرطة وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها وذلك لان الزوجة وكل واحد من الاولياء له فيها حق ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خبيسته جعل لها النبي ﷺ الخيار فأجازت ما صنع أبوها ولو قد شرط لم يكن لها خيار فإذا قلنا باشتراطها فإنما نعتبر وجودها حال العقدان عدت بعده لم يبطل النكاح لان شروط النكاح إنما تعتبر لدى العقد وان كانت معدومة حال العقد فالنكاح فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما مضى فان قلنا ليست شرطاً فرضيت للمرأة والاولياء كلهم صح النكاح وإن لم يرض بعضهم فهل يقع العقد باطلاً من أصله أو صحيحاً ؟ فيه روايتان عن احمد وقولان لشافعي .

(أحدهما) أنه باطل ، لان الكفاءة حق للجميع والمعاقل متصرف فيها بغير رضام فلم يصح كتصرف الفضولي .

و (الثانية) هو الصحيح بدليل أن المرأة التي رقت إلى النبي ﷺ أن أباهما زوجها من غير كفها خبرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالأذن والنهص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ ، وهذا قال الشافعي ومالك وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الاولياء لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد أمقط بعض الشركا حقه فمقط جميعه كالتقصاص

كالاخرس ويحتاج الى ان يأتي بمناهما الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي

(مسألة) (فان قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه ذلك)

وفيه وجه ذكره ابو الخطاب انه يلزمه لان ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه ان يتعلمها

مع القدرة كالتكبير

ولنا ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم اركانه بالعربية كالبيع بخلاف التكبير

(مسألة) (والقبول ان يقول قبلت هذا النكاح او ما يقوم مقامه في حق من لا يحسن)

فان كان احد المتعاقدين يحسن العربية دون الاخر أتى الذي يحسن العربية بها والاخر يأتي بلسانه

فان كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج ان يعلم ان اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظه الانكاح

بان يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً

(فصل) وأما الاخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد الا من جهته فصح بإشارته

كيومه وطلاقه ولما انه وفي إشارة القادر على النطق وجهان ذكرهما في المجرى اولهما عدم الصحة

للاستفناء عنها وان لم تفهم اشارته لم يصح منه كما لا يصح غيره من التصرفات القولية ولان النكاح عقد

ولنا أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضا فلم يسقط برضى غيره كالمرأة مع الولي فأما القصاص فلا يثبت لسكل واحد كاملاً فإذا سقط بعضه تعذر استيفاءه وههنا بخلافه ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقي عند عدم الاعتراض مع أنه خالص حقها فههنا مع أنه حق لم أولى وسواء كانوا متساوين في الدرجة أو متفاوتين فزوج الأقرب مثل أن يزوج الأب بغير كفء فإن للاخوة الفسخ وقال مالك والشافعي ليس لهم الفسخ إذا زوج الأقرب لأنه لاحق للأب معه فرضاؤه لا يعتبر ولأنه ولي في حال ياحته العار بفقد الكفاءة فملك الفسخ كالتساريين

﴿ مسألة ﴾ قال (والكفء والدين والمنصب)

يعني بالمنصب الحسب وهو النسب ، واختلفت الرواية عن أحد في شروط الكفاءة فنعنه ههنا شرطان الدين والمنصب ، وعنه أنها خمسة هذان والخرية والصناعة واليسار وذكر القاضي في المبرد أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة وأما الروايتان في انشراطين الأولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير لأنه نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه إلى الولد . وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط . وذكر أبو الخطاب أيضاً ، وقال مالك : الكفاءة في الدين لا غير . قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن حي إلا في الصناعة والسلامة من العيوب الأربعة ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر . ههنا الصبيان فلا يكون كفواً لأن الغالب على الجند الفسق وبعد ذلك نقصا

بين شخصين فلا بد من فهم كل واحد منهما ما يصدر عن صاحبه ولو فهم ذلك صاحبه انعقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لأن الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم قال أحمد لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغاً لأن الحرس لا يوجب الحجر كالصبي

﴿ مسألة ﴾ (فإن انصرف على قوله قبلت بأن يقول الولي زوجتك ابنتي فيقول قبلت صح وانعقد النكاح)

وقال الشافعي في أحد قوليه لا ينعقد حتى يقول قبلت هذا النكاح أو هذا الزوج لأنه كناية في النكاح يقتصر إلى النية والاضمار فلم ينعقد به كلفظ الهبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانه لا ينصرف إلا إلى الذكور وكذلك أن قال الخطيب للولي أزوجت؟ قال نعم وللمزوج أقبلت؟ قال نعم صح . ذكره الحرقي ويحتمل أن لا يصح لأن النكاح إنما يصح بلفظ الانكاح والتزويج ولا نطق الولي بواحد منهما ولا نطق المتزوج بالقبول وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك

والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى (أفمن كان مؤمناً مكن كن فاسقاً لا يستويون) ولأن الفاسق مردود
مردود الشهادة والرواية غير مأثور على النفس والمال مسلوب الولاية ناقص عند الله وعند خلقه قليل
الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفواً لعفيفة ولا مساوياً لها لكن يكون كفواً مثله .
فأما الفاسق من الجند فهو ناقص عند أهل الدين والمرآت

والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لا تمنع فروج ذوات الاحساب إلا من الاكفاء .
قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الاحساب . رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ، ولأن العرب يعدون
الكفاءة في النسب ويأفنون من نكاح الموالي وبرون ذلك نقصاً وعاراً فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على
المتعارف ولأن في فقد ذلك عاراً ونقصاً فوجب أن يعتبر في الكفاءة الدين

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد فروي عنه أن غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بني هاشم
لا يكافئهم وهذا قول عن بعض أصحاب الشافعي لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « إن الله اصطفى
كنانة من ولد اسماعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني
هاشم ولأن العرب فضلت على الأمم برسول الله ﷺ وقريش أخص به من سائر العرب وبني هاشم
أخص به من قريش وكذلك قال عثمان وجبير بن مطعم أن اخواننا من بني هاشم لا ننكر فضلهم علينا
لمكانك الذي وضعك الله به منهم

وقال أبو حنيفة لا تكافي الحجم العرب ولا العرب قريشا ، وقريش كلهم أكفاء لأن ابن عباس
قال قريش بعضهم أكفاء بعض [والرواية الثانية] عن أحمد أن الدرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم

بنتي ويقول الزوج قبلت هذا التزويج لأن هذين ركنا العقد فلا ينعقد بدونهما
ولنا أن نعم جواب لقوله زوجتك وقبلت والسؤال مضمر في الجواب معاد فيه فيكون معنى نعم
من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبلت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به
ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) كان إقراراً منهم بوجود ذلك
أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقاً ، ولو قبل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان إقراراً صريحاً
لا يفتقر إلى نية ولا برجم في ذلك إلى تفسيره وبثه تقطع اليد في السرقة وهو حد يدرأ بالشبهات
فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك

(مسألة) (فإن تقدم القبول الإيجاب لم يصح)

سواء كان بلفظ الماضي مثل أن يقول تزوجت البنت فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني
ابنتك فيقول زوجتكما وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيهما جميعاً لأنه قد وجد الإيجاب والقبول
فصح كما لو تقدم الإيجاب

ولنا أن القبول إنما يكون للإيجاب فتي وجد قبله لم يكن قبولا لعدم معناه فلم يصح كما لو تقدم

بعضهم لبعض أكفاء لان النبي ﷺ زوج ابنته عثمان وزوج أبا العامي بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس ، وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين ابن علي وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينة وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الاسود ضباعة ابنة الزبير بن عبد المطالب ابنة عم رسول الله ﷺ وزوج أبو بكر أخته أم فروة الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش ولان العجم والموالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض وكذلك العرب

(فصل) فأما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفواً لحره لان النبي ﷺ خير بيرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الظاهرية فبالحرية المقارنة أولى لان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امرأته بمقوق سيده ولا ينفق نفقة المومنين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدرم بالنسبة إلى نفسه ، ولا يمنع صحة النكاح لان النبي ﷺ قال لبريرة «لو راجعتيه : قالت يا رسول الله أنا امرئي ؟ قال «أما أنا شفيتم» قالت فلاحاجة لي فيه ، رواه البخاري ، ومراجعتها له ابتداء النكاح فانه قد انفسخ نكاحها باختيارها ولا يشفع اليها النبي ﷺ في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

(فصل) فأما اليسار ففيه روايتان [إحداهما] هو شرط في الكفاءة لقول النبي ﷺ «الحسب المال» وقال «ان احساب الناس بينهم في هذه الدنيا هذا المال» وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته ان معاوية خطبها «أما معاوية فمملوك لا مال له» ولان على المومنة ضرراً في إعسار زوجها لاخلاله بنفقها ومؤنة أولادها ولهذا ملكت الفسخ بإخلاله بالنفقة فكذلك اذا كان مقارناً ولان ذلك معدود

بلفظ الاستفهام ولانه لو تأخر عن الإيجاب بلفظ الطلب لم يصح فاذا تقدم كان أولى لصيغة الاستفهام ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى فان قالوا يصح كإيهم والخام قلنا البيم لا يشترط فيه صيغة الإيجاب بل يصح بالمعاينة ولا يمين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان اذا أدى المعنى ولا يلزم الخلع لانه يصح تعليقه على الشروط ويحتمل أن يصح اذا تقدم بلفظ الطلب لان في حديث المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ قامت طويلاً فقال رجل يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال النبي ﷺ «زوجتكما بما معك من القرآن» وهو حديث صحيح رواه البخاري ولم ينقل أنه قال قبلت ولا ما يؤدى معناه والظاهر أنه لو وجد منه لفظ لنقل وعلى قياس ذلك اذا تقدم بلفظ المامني

(فصل) اذا عقد النكاح هزلاً او تلجئة صح لان النبي ﷺ قال «ثلاث هزلن جد وجدتهن جد الطلاق والنكاح والرجعة» رواه الترمذي ، وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ «من نكح لاعبا او طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز» وقال عمر أربع جائزات اذا تكلم بهن الطلاق والعاق والنكاح والنذر ، وقال علي أربع لا لعب فيهن الطلاق والعاق والنكاح والنذر

قصا في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ، قال نبيه بن الحجاج السهمي

سالتاني الطلاق ان رأيتني قل مالي قد جئتني بنكر

ويكأن من له نسب محبب ومن يفقر يمش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والرواية الثانية) ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين وقد قال النبي ﷺ « اللهم احبني مسكينا وأنتى مسكينا » وليس « وأمرأ لازما فأشبه العانية من

المرض، واليسار المعتبر ما يتدر به على الاتفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه اداؤها

(فصل) فأما الصناعة ففيها روايتان أيضا (أحدهما) أنها شرط فن كان من أهل الصنائع الدينية

كالحنانك والحجام والحارس والكساح والديباغ والقيم والحامي والزبال فليس بكف لبناات فوي

المروآت أو أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة والبناية لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبهه نقص النسب

وقد جاء في الحديث « العرب بعضهم لبعض أكفاء الا حائكاً أو حجاماً » قيل لاحد رحمه الله :

وكيف تأخذ به وأنت تضعفه؟ قال العمل عليه، يعني انه ورد موافقا لأهل العرف، وروي أن ذلك

ليس بنقص وروي نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازم فأشبه

الضعف والمرض، قال بعضهم

ألا إنما التقوى هي العز والكرم وجبك للدنيا هو الذل والسقم

وليس على عبد نقي تقيصة اذا حقق التقوى وان حاله أرحم

وأما السلامة من العيوب فليس من شروط الكفاءة فانه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدهما

(مسئلة) (وان تراخى القبول عن الإيجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره)

لان حكم المحاس حكم حالة العقد بدليل صحة القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار

في عقود المعاوضات

(مسئلة) (فان تقرقا قبله بطل الإيجاب)

لانه لا يوجد معناه فان الاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك إذا تشاغلا

بما قطع لانه معرض عن العقد بالاشتغال عن قبوله، وعنه لا يبطل فان أبا طالب نقل عن احمد في رجل

مشى اليه قوم فقالوا له زوج فلانا قال قد زوجته على الف فرجعوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبلت

هل يكون هذا نكاحا؟ قال نعم. قال القاضي : هذا محمول على أنه وكل من قبل التزويج

في المجلس، وقال ابو بكر مسئلة أبي طالب تتوجه على قولين، واختار أنه لا بد من القبول في المجلس

وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

(فصل) فان أوجب النكاح ثم زال عقله بمنون أو إغماء بطل حكم الإيجاب ولم يعتقد

ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الارياء لان ضرر مختص بها ، ولوليها منعها من نكاح المزدوم والابرص والمجنون وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاة

(فصل) من أسلم أو عتق من العبيد فهو كفؤ لمن له أبوان في الاسلام والحرية ، وقال أبو حنيفة ليس بكفء وليس بصحيح فان الصحابة رضي الله عنهم أكثرهم أسلموا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أكفاء للتابعين

(فصل) فأما ولد الزنا فيحتمل أن لا يكون كفؤا لذات نسب فان أحد رحمه الله ذكر له أنه ينكح وينكح اليه فكأنه لم يحب ذلك لان المرأة تعبر به هي ووليها ويتمدى ذلك الى ولدها ، وأما كونه ليس بكفء لعمرية فلا إشكال فيه لانه أدنى حالا من المولى

(فصل) والموالي بعضهم لبعض أكفاء وكذلك العجم ، قال أحد رحمه الله في رجل من بني هاشم له ولادة يزوجه الحراساني وقول النبي ﷺ « موالى القوم من أنفسهم » هو في الصدقة فأما النكاح فليتكح ، وذكر القاضي رواية عن أحمد ان مولى القوم كافئهم لهذا الخبر ولان النبي ﷺ زوج زيدا وأسامة عريتين ولان والي بني هاشم ساءروهم في حرمان الصدقة فيساوؤهم في الكفاة وليس هذا بصحيح فانه يوجب أن يكون الموالى أكفاء العرب فان المولى إذا كان كفء سيده كان كفؤا لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ، وقد قال أحمد هذا الحديث في الصدقة لافي النكاح ، ولهذا لا يساوؤهم في استحقاق الخمس ولا في الامامة ولا في الشرف ، وأما زيد وأسامة فقد استدل

بالقبول بسده لانه مالم يضامه القبول لم يكن عقداً فيبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموث والمجنون وهذا مذهب الشافعي ، وان نام لم يبطل حكم الايجاب لانه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا

(فصل) ولا يثبت الخيار في النكاح وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف في هذا لان الحاجة غير داعية اليه فانه لا يقع في الغالب الا بعد روية وفكرة ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيم الواقع في الاسواق من غير فكر ولا روية ولان النكاح ليس بمعارضة محض ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالعقود عليه بروية ولا حصة وبصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه ينفي إلى فسخه بعد ابتذال المرأة وفي فسخه بعد العقد ضرر بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف العداق

(فصل) قل رضي الله عنه (وشروطه خمسة) أحدها تعيين الزوجين لان كل عاقد ومعهود عليه يجب تعيينهما كالشترى والمبيع فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجها هذه صح فان الإشارة تكفي في التعيين فان زاد على ذلك بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً

(مسئلة) (فان قال زوجها بنتي وله بنات لم يصح حتى يشير اليها أو يسميها أو يصفها بما تنميز

بنكاحهما عريتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجها بأنهما عريانان فأنهم مامن كلب
وأما طراً عليهم مارق ، فعلى هذا يكون هذا حكم كل عربي الأصل

(فصل) فأما أهل البدع فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي يترق بينها وكذلك إذا زوج
الواقفي إذا كان يخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء القطة وقد كتب الحديث فهذا شر من
جهمي يفرق بينهما ، وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الرافضي ولا من القدري
فإذا كان لا يدعو فلا بأس ، وقال من لم يربع بولي في الخلافة فلا تناكوه ولا تسكده ، قال القاضي
والمقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) والكفاءة معتبرة في الرجل دون المرأة فإن النبي ﷺ لا مكافي له وقد تزوج من
أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء وقال من كانت عنده جارية فعلها وأحسن تعليمها
وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران ، متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فلم
يعتبر ذلك في الام .

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا زوج الرجل ابنته البكر فوضعها في كفاية فالنكاح ثابت وإن
كرهت كبيرة كانت أو صغيرة)

أما البكر الصغيرة فلا خلاف فيها . قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح
الابنت البكر الصغيرة جائز إذا زوجها من كفؤ ويجوز له تزويجها مع كراهيتها وامتناعها وقد دل على

به ، وإن لم يكن له إلا ابنة واحدة صح)

إذا كانت المفقود عايشة فقال زوجتك ابنتي وليس له سواها جاز فإن سماها كان تأكيداً
فإن كان له أكثر من بنت واحدة فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم إلى ذلك ما تتميز به من اسم
أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأكيداً ،
وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح فإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة
لم يصح ولأن هذا الاسم مشترك بينهما وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك بنتي ، وقال بعض الشافعية
يصح إذا نويها جميعاً ، ولا يصح هذا لأن النكاح يعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن أدائها أداء
يثبت به العقد وهذا متعذر في النية ، ولذلك لو قال زوجتك بنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه
ولو قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يبالغ ما تتميز به عن النساء

(فصل) فإن كانت له ابنتان كبيرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي
عائشة وقبل الزوج ذلك وهما ينويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حفص ، وقال القاضي يصح في التي
نويها وهذا غير صحيح لوجهين (أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبهه مالمو

جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللأني ينسن من الحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللأني لم يحضن) فجعل للأني لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من الطلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ولا اذن لها فيعتبر وقالت عائشة رضي الله عنها النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبني بي وأنا ابنة تسع متفق عليه ومعلوم أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها وروى الاثرم أن قدامة بن مظعون تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له فقال ابنة الزبير إن مت وورثني وإن عشت كانت امرأتي وزوج علي ابنته أم كاثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنها . وأما البكر البالغة العاقلة فعن أحد روايتان أحدهما له إجبارها على النكاح وتزويجها بغير اذنها كالصغيرة وهذا مذهب مالك وابن أبي لبي والشافعي واسحاق .

(والثانية) ليس له ذلك واختارها أبو بكر وهو مذهب الاوزاعي والثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال « لا تنكح الايم حتى تسأمر » ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه وروى أبو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكر أ أنت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التعريف في مالها فلم يجز إجبارها كاثيب والرجل ووجه الرواية الاولى ماروي عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « الايم أحق بنفها من وليها ، والبكر تستأذن واذنها صامتة . رواه مسلم وأبو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق

قال زوجتك عائشة فقط او ما قال زوجتك ابنتي ولم يسمها واذا لم يصح فيها اذا لم يسمها ففيها اذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح (الثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تتميز به ولو لم يوجد ذلك فإن اسم اختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها ، وان كان الولي يريد الكبرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كما اذا خطب امرأة وتزوج غيرها لان القبول انصرف الى غير من وجد الانجاب فيه ويحتمل أن يصح اذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فإن العقد بالفظه يتناول الكبرى ولم يوجد ما يميزه عنها فصح كما لو فويها ، ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى او نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الاول لا يصح التزويج لعدم النية منهما في التي تناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة بالفظ لما ذكرنا

(فصل) فإن كان له ابنة واحدة فقال الرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول اصحاب الشافعي لان قوله بنتي أكد من التسمية لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قال زوجتك هذه وأشار اليها وسماها بغير اسمها صح على هذا التعليل

(مسألة) (وان قال ان وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها لم يصح لانه تابع للنكاح على

لا أحدهما دل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على الاستئذان ههنا والاستئذان مستحب في حديثهم ليس بواجب كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أمروا النساء في بنائهن » رواه أبو داود ، وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل أنها التي زوجها أبوها من ابن أخيه ليرفع بها خبيثه فتخيرها لذلك ، ولأن مالا يشترط في نكاح الصغيرة لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، وقول الحرقى فوضعا في كفارة يدل على أنه إذا زوجها من غير كفء فنكاحها باطل وهو إحدى الروايتين عن أحمد واحد قول الشافعي لأنه لا يجوز له تزويجها من غير كفء فلم يصح كسائر النكحة المحرمة ولأنه عقد لا حظ لها فيه بغير إذنها فلم يصح كيجه عقارها من غير غبطة ولا حاجة أو بيعه بدون ممن مثله ، ولأنه نائب عنها شرعا فلم يصح تصرفه لها شرعا بما لاحظ لها فيه كالوكيل

(وإثباتية) يصح لأنه عيب في المدقود عليه فلم يمنع الصحة كسواء المصيب الذي لا يعلم عيبه ويحتمل أن لا يصح النكاح إذا علم أن الزوج ليس بكفء ويصح إذا لم يعلم ولأنه إذا علم حرم عليه العقد فبطل تحريره بخلاف ما لم يعلمه كالواشترى لها ميبعا يعلم عيبه ويحتمل أن يصح نكاح الكبيرة لأنه يمكن استدراك الضرر بإثبات الخيار لما فتسخ إن كرهت وإن لم تفسخ كان كإجازتها وإذنها بخلاف نكاح الصغيرة على القول بصحته فإن كانت كبيرة فإيا الخيار ولا خيار لايها إذا كان طالما لأنه أسقط حقه برضاه وإن كانت صغيرة فعليه الفسخ ولا يسقط برضاه لأنه يفسخ لحظها وحقتها لا يسقط برضاه ويحتمل أن لا يكون له الفسخ وليكن يمنع الدخول عليها حتى تبلغ وتختار فإن كان لها

شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولأن هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد وكذلك لو قال زوجتك حمل هذه المرأة لم يصح لأنها لم يثبت لها حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولأنه لا يتحقق أن في البطن بنتا فأشبه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها

(فصل) فإن خطب امرأة فزوج بغيرها مثل أن يخطب الرجل امرأة بعينها فيجاب إلى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل ولا ينعقد النكاح لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه فلم يصح كما لو ساءمه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فرفض لم يصح قال أحمد رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد يفرق بينهما ويكون الصداق على وإياها لأنه غره ويجهز إليه أختها التي خطبها بالصداق الأول فإن كانت ثالثة قد ولدت منه لحق به الولد

قال شيخنا وقوله يجهز إليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لأن العقد الذي عقده لم يصح في واحدة منها لأن الإيجاب صدر في إحداها أيهما كان جاز ، وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قيل يلزمه مهران

ولي غير الاب فابا الفسخ على ما مضى وعلى كلتا الروايتين فلا يحل له تزويجها من غير كف، ولا من معيب لان الله تعالى اقامه مقامه، فانظروا لما فيها فيه الخط ومصر فاما لعجزها عن التصرف في نفسها فلا يجوز له فعل مالا حظ لها فيه كما في مالها ولانه اذا حرم عليه التصرف في مالها بما لا حظ فيه ففي نفسها أولى

(مسئلة) قال (وليس هذا لغير الأب)

يعني ليس لغير الاب اجبار كبيرة ولا تزويج صغيرة جداً كان أو غيره وهذا قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وبه قال الشافعي إلا في الجدة فانه جملة كلاب لان ولايته ولاية ايلاد فملك إجبارها كلاب، وقال الحسرو عمر بن عبدالعزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبو حنيفة لغير الاب تزويج الصغيرة ولها الخيار اذا بلغت وقال هؤلاء غير أبي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلها الخيار اذا بلغت. قال أبو الخطاب وقد نقل عبد الله عن أبيه كقول أبي حنيفة لان الله تعالى قال (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) فهو منه انه اذا لم يخف فله تزويج اليتيمة، واليتيم من لم يبلغ لقول النبي ﷺ «لا يتم بعد احلام» قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى) فقالت يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها ويشركها في مالها ويمجبه مالها وجهاها فيريد أن يتزوجها بغير أن يتسط في صداقها فيعطىها مثلاً يعطىها غيره فهو عن ذلك من الا أن يقسطوا فبين ويبلغوا أعلى صفة في الصداق متفق عليه ولانه ولي في النكاح فملك التزويج كلاب.

قال نعم ويرجع على وليها، هذه مثل التي بها برص أو جذام علي بقول ليس عليه غرم، وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لأنها زانية مطاوعة فأما ان جهل الحال فلها المهر ويرجع به على من غره وروى عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى الزوج الاخرى لها الصداق ويمتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقض عدها وبه قال النخعي والشافعي وأصحاب الرأي (فصل) قال رضي الله عنه (الثاني رضا الزوجين فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح)

رضا الزوجين أو من يقوم مقامهما شرط في صحة العقد لان العقد لما فاعته تراضيهما به كالبيع فان لم يرضيا أو أحدهما لم يصح العقد لفوات شرطه

(مسئلة) (إلا الاب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الابكار بغير إذنهم)

وأما الغلام العاقل فلا نعلم من أهل العلم في أن لا يجه تزويجه كذلك قال ابن المنذر وهذا قول الحسن والزهري وقتادة ومالك والثوري والاوزاعي واسحاق والشافعي وأصحاب الرأي ولما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاخصموا إلى زيد فأجازاه جميعاً رواه الاثرم وأما الغلام المعتوه فلا يجه تزويجه وقال

ولنا قول النبي ﷺ « تستأمر اليتيمة في نفسها وإن سكنت فهو اذنها وإن أبت فلا جواز عليها »
رواه أبو دارود والنسائي وروى عن ابن عمر أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان فرقم
ذلك إلى النبي ﷺ فقال « إنها يتيمة ولا تنكح إلا بأذنها » واليتيمة الصغيرة التي مات أبوها
ولأن غير الأب قاصر الشفقة فلا يلي نكاح الصغيرة كالأجنبي وغير الجد لا يلي مالها فلا يستبد
بنكاحها كالأجنبي ولأن الجد يلي بولاية غيره فأشبهه سائر العصبات ، وفارق الأب فإنه يدلي بغير
واسطة ويسقط الأخوة والجد وبحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين وأزوجة
وأبوين ، والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى (تؤنوهن ما كتب لهن) وأما يدفع إلى
الكبيرة أو نكحها على بنت تسع

(فصل) وإذا بلغت الجارية تسع سنين ففيها روايتان (إحداهما) أنها كن لم تبلغ تسعاً نص عليه
في رواية الأثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء قالوا حكم بنت تسع سنين حكم
بنت ثمان لأنها غير بالغة ، ولأن أذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح
(والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور المفهوم الآية ودلالة الخبر
بعدها على أن اليتيمة تنكح بأذنها وإن أبت فلا جواز عليها وقد اتفق به الأذن فيمن دونها فيجب حملها
على من بلغت تسعاً

وقد روى الإمام أحمد بإسناد عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت إذا بلغت الجارية تسع سنين
فهي امرأة . ورواه القاضي بإسناد عن ابن عمر عن النبي ﷺ بمعناه في حكم المرأة ولأنها بلغت
سناً يمكن فيه حيضها ويحدث لها حاجة إلى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة ، فلي هذا إذا زوجت ثم

الشافعي لا يجوز لأنه يلزمه بالتزويج حقوق من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يجز له كغيره من الأولياء
ولنا أنه غير بالغ فملك الأب تزويجه كالمأقل ولأنه إذا جاز تزويج المأقل مع أن له عند احتياجه
إلى التزويج رأياً ونظراً لنفسه فلا يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى ، ووصي الأب يقوم مقامه
في ذلك كوكيله إذا قلنا بصحة الوصية في النكاح وفيه اختلاف نذكره إن شاء الله تعالى

(فصل) وليس لغير الأب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال القاضي في المبرد للحاكم
تزوجها لأنه يلي ماله وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجها ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس
بسد يد قان غير الأب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى ، وفارق لأب ووصيه قان لها تزويج
الصغيرة وولاية الإيجاب وسواء أذن الغلام في تزويجها أو لم يأذن لأنه لا إذن له

(فصل) وللأب تزويج البالغ المعتوه في ظاهر كلام أحمد والحرقي مع ظهور إمارات الشهوة
وعندها ، وقال القاضي إنما يجوز تزويجها إذا ظهرت منه إمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب
الشافعي لأن في تزويجها مع عدم حاجته اضراً به بالزامة حقوقاً لا مصلحة له في الزاها وقال أبو بكر

بلغت لم يكن لها خيار كالبالغة اذا زوجت . وقد خطب عمر أم كلثوم ابنة أبي بكر بعد موته الى عائشة فأجابته وهي لدون عشر لانها انما ولدت بعد موت أبيها ، وانما كانت ولاية عمر عشر أفكرهته الجارية فتزوجها طلحة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها والله أعلم .

(مسألة) قال (ولو استأذن البكر البالغة والدها كان حسنا)

لانعم خلافا في استحباب استئذنها فان النبي ﷺ قد أمر به ونهى عن النكاح بدونه وأقل أحوال ذلك الاستحباب ولان فيه تطيب قلبها وخروجها من الخلاف . وقالت عائشة سألت رسول الله ﷺ عن الجارية ينكحها أهلها أتستأمر أم لا ؟ قال لها رسول الله ﷺ « نعم تستأمر » وقال « استأمرُوا النساء في أبضاعهن فان البكر تستحي فتسكت ، فهو أذنها » متفق عليها
وروي عن عطاء قال : كان النبي ﷺ يستأمر بناته اذا أنكحن قال كان يجلس عند خدر المحطورة فيقول ان فلانا يذكر فلانة فان حركت الحدر لم يزوجها وإن سكنت زوجها
(فصل) وبشحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي ﷺ « أمروا النساء في بناتهن » لانها تشارك في النظر لابنتها وتحصيل المصلحة لها بشفتها عليها وفي استئذنها تطيب قلبها وارضاء لما فتكون أولى .

ليس الاب بحال لانه رجل فلم يجر اجباره على النكاح كالماتل وقال زفران طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يجر وان كان مستدما جاز

ولنا أنه غير مكاف فجاز لايه تزويجه كالمخير فانه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره فعند الحاجة أولى

ولنا على التسوية بين الطاريء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئه ومستدامه كالرق ولانه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في نكاحه كالمستدام ، فلما اعتبار الحاجة فلا بد منها فانه لا يجوز اوليه تزويجه الا اذا رأى مصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة بل قد تكون حاجته الى الايواء والحفظ وربما كان دواء له يترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة

(فصل) ومن يجن في الاحيان لا يجوز تزويجه الا باذنه لان ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالماتل ولو زال عقله بمرض أو مرض مرجو الزوال فهو كالماتل فان ذلك لا يثبت الولاية على ماله فلي نفسه أولى وان لم يرج زواله فهو داخل فيما ذكرناه

(فصل) وليس لغير الاب ووصيه تزويج المعتوه البالغ وبه قال مالك وقال أبو عبد الله بن حامد للحاكم تزويجه اذا ظهر منه شهوة للنساء بأن يتبعن وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس

(مسئلة) قال (وإذا زوج ابنته الثيب بغير إذنها فالنكاح باطل وإن رضيت بعد)

وجملة ذلك أن البنت تقسم قسمين : كبيرة وصغيرة ، فأما الكبيرة فلا يجوز للاب ولا غيره تزويجها إلا بإذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن قال له تزويجها وإن كرهت ، والنخعي قال يزوج بنته إذا كانت في عياله فإن كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها . قال إسماعيل بن إسحاق لأعلم أحداً قال في البنت بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة فإن الحسناء ابنة حذام الانصارية روت أن أباهما زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأنت رسول الله ﷺ فرد نكاحه . رواه البخاري والائمة كلهم . قال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به لا نعلم مخالفاً له إلا الحسن ، وكانت الحسناء من أهل قباء وكانت تحت أنيس بن قنادة فقتل عنها يوم أحد فزوجها أبو هار جلام بن عمرو بن عوف فكرهته وشكت ذلك إلى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر . وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر » متفق عليه . وقال « الأيم أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال « ليس قولي مع الثيب أمر » رواهما النسائي وأبو داود ولانها رشيدة عالمة بالقصود من النكاح مخبئة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل (القسم الثاني) الثيب الصغيرة وفيها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الحنفي واختاره ابن حامد وابن بطة والقاضي ، ومذهب الشافعي لعدم الأخبار ولأن الإجبار يختلف بالكراهة والنيوابة لا بالهضم والكبر وهذه ثيب ولان في تأخيرها فائدة وهو أن تبلم فتختار لنفسها ويعتبر إذنها فوجب التأخير بخلاف البكر

(الوجه الثاني) أن لا يبيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره أبو بكر وعبد العزيز وهو قول مالك وأبي

له حال ينظر فيها إذنه وسنذكر ذلك في تزويج المجنون وينبغي أن يجوز تزويجها إذا قال أهل الطب إن في ذلك ذهاب علته لانه من أعظم مصالحه

(فصل) وإذا زوج الصغير والمجنون فإنه يقبل لها النكاح ولا يأذن لهما في قبوله لانهما ليسا من أهل التصرفات فإن كان الغلام ابن عشر وهو مميز بقياس المذهب جواز تنويض القبول إليه حتى يتولاه بنفسه كما يفرض أمر المبيع اليه وإن تزوج له الولي جاز كما يجوز أن يتناع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه فإن قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى

(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بأكثر من مهر المثل لانه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي وإذا قلنا إن للاب تزويج أمته بدون صدق مثلاً فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المال فيه كما يجوز في مداواته بل الجواز هاهنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى تزويج المجنون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلاً فيتمنر الوصول بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجردان قياس المذهب أنه لا يتزوج

حنيفة لانها صغيرة فجاز اجبارها كالبكر ، والغلام يحقق ذلك انها لا تزيد بالثبوت على ما حصل للغلام بالذكورية ثم الغلام يجبر إذا كان صغيراً فكذا هذه والاخبار عمولة على الكبيرة فانه جعلها أحق بنفسها من وليها والصغيرة لاحق لها .

ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسمع سنين يزوجها وليها باذنها ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرنا في البكر والله أعلم

(مسئلة) قال (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصامت)

أما الثيب فلا ندلم بين أهل العلم خلافاً في أن اذنها الكلام للخبر ولأن اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعتبر في كل موضع يعتبر فيه الاذن غير أشياء يسيرة أقيم فيها الصمت مقامه لغرض فأما البكر فاذا صامت في قول عامة أهل العلم منهم شريح والشعبي واسحاق والنخعي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وأبو حنيفة ولا فرق بين كون الولي أباً أو غيره وقال أصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الأب وجهان (أحدهما) لا يكون اذناً لأن الصمت عدم الاذن فلا يكون اذناً ولأنه محتمل الرضى والحياء وغيرها فلا يكون اذناً كما في حق الثيب وإنما اكتفي به في حق الأب لأن رضاها غير معتبر وهذا شذوذ عن أهل العلم وترك السنة الصحيحة العريضة يسان الشافعي عن اضافته اليه ، وجعله مذهبا له مع كونه من أتباع الناس لسنة رسول الله ﷺ ولا يرجع منصف على هذا القول وقد

بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذلاً لماله فيما لا حاجة به اليه وذكر في الجامع أنه له تزويج ابنه الصغير بأربع لانه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه معية عبياً برد به النكاح فان فيه ضرراً به وتفويت ماله فيما لا مصلحة له فيه فان فعل خرج في صحة النكاح وجهان نان قلنا يصح فهل لاولي الفسخ في الحال؟ على وجهين يذكر توجيههما في تزويج الصغيرة بمعيب فان لم يفسخ حتى بلغ الصبي أو عقل المجنون فلمما الفسخ وليس له تزويجه بامة لان باحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معلوم في حق المجنون

(فصل) فأما الاناث فللاب تزويج ابنته البكر الصغيرة التي لم تبلغ تسع سنين بغير خلاف اذا وضعها في كفاة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائز اذا زوجها من كفء يجوز له ذلك مع كراهتها وامتنائها وقد دل على جواز تزويج الصغيرة قول الله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارقيتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن) فجعل لللائي لم يحضن عدة ثلاثة أشهر ولا تكون العدة ثلاثة أشهر الا من طلاق في نكاح أو فسخ فدل ذلك على تزويج وتطابق ولا اذن لها يعتبر وقالت عائشة تزوجني النبي ﷺ وأنا ابنة ست وبناتي وأنا ابنة تسمع متفق عليه ومعارف أنها لم تكن في تلك الحال ممن يعتبر اذنها وروي الاثر من أن قدامة ابن مظهر تزوج ابنة الزبير حين نفست فقيل له ابنة الزبير فقال ان مت ودرتني وإن

تقدمت روايتنا عن رسول الله ﷺ أنه قال: « لا تنكح الاعمى حتى تستأمر ، ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال أن تسكت .

وفي رواية عن عائشة أنها قالت يا رسول الله ان البكر تستحيي قال « رضاها صماها » متفق عليه . وفي رواية « واليتيمة تستأمر فصمتها اقرارها » رواه النسائي . وفي رواية « تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكنت فهو اذنها » وهذا صريح في غير ذات الالب

وروى الاثرم عن عدي الكندي عن رسول الله ﷺ أنه قال « النيب تعرب عن نفسها والابكر رضاها صماها » والاخبار في هذا كثيرة ، ولان الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالاذن ولا تستحي من إبانها وامتناعها فاذا سكنت غلب على الظن أنه رضاها فاكتفي به وما ذكره يفضي الى أن لا يكون صماها اذنا في حق الالب أيضا لانهم جعلوا وجوده كعدمه فيكون اذا ردا على النبي ﷺ بالكلية واطراحا للاخبار الصريحة الجليلة وخرقا لاجماع الامة المرضية

(فصل) فان نطقت بالاذن فهو أبلغ وأتم في الاذن من صمتها وإن بكى أو ضحكت فهو بمنزلة سكوتها ، وقال ابو يوسف ومحمد ان بكى فليس باذن لانه يدل على الكراهية وإيس بصمت في محوم الحديث

ولنا ما روى ابو بكر باسناده عن ابي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « تستأمر اليتيمة فان بكى أو سكنت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عاها » ولانها ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان اذنا منها كالصمت والضحك ، والبكاء يدل على فرط الحياء لاعلى الكراهة ولو كرهت لامتنت

عشت كانت امرأتى وزوج علي ابنته أم كلثوم وهي صغيرة عمر بن الخطاب رضي الله عنهما (فصل) وفي البكر البالغة العاقلة روايتان (إحداهما) له إجبارها على النكاح وهو مذهب مالك وابن أبي ليلى والشاذلي وإسحاق (والثانية) ليس له ذلك اختارها ابو بكر وهو مذهب الاوزاعي واثوري وأبي عبيد وأبي ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لما روى ابو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ لا تنكح الاعمى حتى تستأذن ، فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها ؟ قال « أن تسكت » متفق عليه وروى ابو داود وابن ماجه عن ابن عباس أن جارية بكراً أنت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كراهة فخيرها النبي ﷺ ولأنها جائزة التصرف في مالها فلم يجز إجبارها كاشيب والرجل ووجه الاولى ما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « الاعمى أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأمر واذنها صماها » رواه ابو داود فلما قسم النساء قسمين وأثبت الحق لاحدهما دل على نفيه عن الآخر وهو البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على أن الاستئثار ههنا والاستئذان في حديثهم مستحب غير واجب كما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « أمروا النساء في بناتهن » رواه ابو داود وحديث التي خيرها رسول الله ﷺ مرسل ويحتمل

فإنها لا تستحي من الامتناع ، والحديث يدل بصريحه على أن العصمت إذن وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكا ، وكذلك أقننا الضحك مقامه

(فصل) والثيب المتبر نطقها هي للموطوءة في القبل سواء كان الوطء حلالا أو حراما. وهذا مذهب الشافعي ، وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها لان علة الاكتفاء بصمت البكر الحياء والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرة وهذه لم تبشر بالأذن في النكاح فيبقى حيائها منه بحاله ولنا قوله ﷺ اثيب تعرب عن نفسها ، ولان قوله ﷺ لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها أن تسكت يدل على أنه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت إذنا لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بجماله وهذه ثيب فان الثيب هي الموطوءة في القبل وهذه كذلك . ولانه لو أوصى اثيب النساء دخلت في الوصية ولو أوصى للبكر لم تدخل ، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكرأ فوجدناها مصابة بالزنا ملك الفسخ ولانها موطوءة في القبل فأشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء غير محقق فانه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وانما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفغى الى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه . ولا فرق بين المكرهة والمطروعة وعلى هذا ليس لنا إجبارها اذا كانت بالغة وفي تزويجها ان كانت صغيرة وجهان وقولهم انها لم تبشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة أو في ملك يمين والمزوجة وهي صغيرة

(فصل) وان ذهبت عذرتها بغير جراح كالوثبة أو شدة حيضة أو بأصبع أو عود ونحوه فحكمها حكم الأبكر، ذكره ابن حامد لانها لم تختبر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فأشبهت من لم تزل عذرتها ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا ولا حكمها حكمين لانها غير موطوءة في القبل

أنها التي زوجها ابوها من ابن أخيه ليرفع بها خيسه فتخيرها لذلك ولانه مما لا يشترط في نكاح الكبيرة كالنطق ، ومن أحد لا يجوز تزويج ابنة تسع سنين بغير إذنها اختلفت الرواية عن أحمد في الجارية اذا بلغت تسع سنين فالمشهور عنه أنها كن لم يبلغ تسعا نص عليه في رواية الاثرم وهو قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وسائر الفقهاء قالوا حكم بنت تسع حكم بنت ثمان لانها غير بالغة ولان إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات فكذلك في النكاح (والرواية الثانية) حكمها حكم البالغة نص عليه في رواية ابن منصور المنصور الآتية والدلالة الخبرين بعمومها على أن اليتيمة تنكح بإذنها ، وان أبت فلا جواز عليها ، وقد اتفق الاذن فيما دونها فيجب حملها على من بلغت تسعا فبطلت هذه الرواية يجوز لغير الاب تزويجها بإذنها وحكمها حكم البالغة في جواز إجبارها للاب فيه الروايتان ، وقد روى الامام أحمد باسناده عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: اذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة ورواه القاضي بإسناده عن ابن عمر عن النبي ﷺ ومعناه والله أعلم في حكم المرأة ولانها بلغت حسنا يمكن فيه حبسها وتحدث لها حاجة الى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة اذا زوجت وقد خطب عمر أم كلثوم

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في تزويجها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء ، وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم وفي البكر القول قول الزوج لان الاصل السكوت والكلام حادث فالزوج يدعي الاصل فالقول قوله

ولنا انها منكرة الاذن والقول قول المنكر ولانه يدعي انها استؤذنت وسمعت فصمتت والأصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله وإن اختلفنا بعد الدخول فقال القاضي القول قول الزوج ولان التمسكين من الوطء دليل على الاذن وصحة النكاح وكان الظاهر معه ، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها ؟ قال القاضي قياس المذهب انه لا يمين عليها كما لو ادعى أنه زوجها فأنكرته ربه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فان نكحت فقال أبو يوسف ومحمد ثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح ولنا انه اختلف في زوجية فلا يثبت بالنكول ولا يحلف المدعي معه كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته فان كانت المرأة ادعت انها أذنت فأنكر ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلف في أمر يختص بها صادر من جهتها فالقول قولها فيه كما لو اختلفوا في بنتها فيما تعتبر فيه نيتها ، ولانها تدعي صحة العقد وهم يدعون فسادها فالظاهر معها

(فصل في المجنونة) ان كانت ممن نجر لو كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك إجبارها لانه إذا ملك إجبارها مع عقابها وابتنائها فمع عدمه أولى . وان كانت ممن لا يجبر انقسمت ثلاثة أقسام [أحدها] أن يكون وليها الأب أو وصيه كالثيب الكبيرة فهذه يجوز لو أبيا تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحنفي لانه جعل للأب تزويج المعتوه فالمرأة أولى . وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنع منه أبو بكر لانها ولاية إجبار وليس على الثيب ولاية إجبار والاول أصح فان ولاية الإجبار انما انتفت عن العاقلة لأنها لا تحصل المباشرة منها والخبرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة إذا قلنا بعدم الإجبار في حقها إذا كانت عاقلة

بنت أبي بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهي لدون عشر ولأنها انما ولدت بعد موت أبيها وانما كانت ولاية عمر عشر فكرهته الجارية فزوجها طلحة بن عبيد الله ولم ينكره منكر فدل ذلك على اتفاقهم على صحة تزويجها قبل بلوغها بولاية غير أبيها

(مسئلة) (وهل له تزويج الثيب الصغيرة ؟ على وجهين)

أما الثيب الكبيرة فلا يجوز للأب ولا لغيره تزويجها إلا بأذنها في قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه قال له تزويجها وان كرهت ، والنخعي قال يزويج بنته إذا كانت في عياله فان كانت بائنة في بيتها مع عيالها استأمرها قال اسماعيل بن إسحاق لا أعلم أحداً قال في الثيب يقول الحسن وهو قول شاذ خاف فيه أهل العلم والسنة الثابتة فان الحسناء ابنة حذام الانصارية روت ان أباه زوجها وهي ثيب فكرهت ذلك فأتى رسول الله ﷺ فرد نكاحه رواه البخاري وغيره . قال ابن عبد البر هذا الحديث

[القسم الثاني] أن يكون وليها الحاكم فقيها وجهان (أحدهما) ليس له تزويجها بحال لان هذه ولاية إجبار فلا تثبت لغير الاب كحال عقلا (والثاني) له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت أو صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لان بها حاجة اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصباتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى إذهابها فأبيح تزويجها كالتب مع أيها وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها . إن قال أهل الطب ان علتها تزول بتزويجها لان ذلك من اعظم مصالحها ، وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال وبملك تزويج الكبيرة اذا قال أهل الطب ان علتها تزول بتزويجها

ولنا ان المعنى المبيح لا تزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال ففي تزويجها مصالحها ودفع حاجتها فأشبه ما لو قال أهل الطب انه يزول عاتقها وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتبها الرجال ومياها اليهم وأشبه ذلك [القسم الثالث] من وليها غير الاب والحاكم فقال القاضي لا يزوجه غير الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بيناه وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج . وليته فيها وهذا قول أبي حنيفة لان ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضي ان الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم فيكون والياً دونهم كتزويج أمتها ، ولان هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري ، فان كان لها وصي في مالها لم يملك تزويجها لانه لا ولاية له في نكاحها والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الاب والحاكم على ما ذكرنا

مهم على صحته والقول به ولا نعلم مخالفا له إلا الحسن وكانت النساء من أهل قباء تحت أنيس بن قنادة فقتل عنها يوم أحد فزوجه أبوها رجلا من بني عمرو بن عوف فذكرته فشكت ذلك الى رسول الله ﷺ فرد نكاحها ونكحت أبا لبابة بن عبد المنذر ، وروى ابو هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تنكح الائم حتى تستأمر » متفق عليه وقال الآيم أحق بنفسها من وليها » وروى ابن عباس أن النبي ﷺ قال « ليس لولي مع النيب أمر » رواها النسائي وابوداود ولأنها رشيدة عالة بالمقصود من النكاح مخبرة فلم يجز إجبارها عليه كالرجل .

(فصل) فأما النيب الصغيرة فقيها وجهان (أحدهما) لا يجوز تزويجها وهو ظاهر قول الحنفي واختيار ابن حامد وابن بطه والقاضي ومذهب الشافعي لعدم الاخبار ولان الاجبار يختلف بالكراهة والثبوت لا بالصغر والكبر كما اختلف في صفة الاذن ولان في تأخيرها فائدة وهي أن تبلغ فتختار لنفسها ويعتبر اذنها بخلاف البكر (الوجه الثاني) ان لا يبيها تزويجها ولا يستأمرها اختاره ابو بكر عبد العزيز وهو قول مالك وأبي حنيفة لانها صغيرة فجاز إجبارها كالبكر والقلام يحقق ذلك أنها لا تزيد بالثبوت على ما حصل للقلام بالذكورية . ثم القلام يجبر إذا كان صغيراً فكذلك هذه ،

«مسئلة» قال (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها ثبت النكاح بالمسمى وإن فعل ذلك غير الاب ثبت النكاح وكان لها مهر مثلها)

وجملة ذلك أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها، بكرًا كانت أو ثيبًا، صغيرة كانت أو كبيرة، وبهذا قال أبو الخطاب ومالك، وقال الشافعي ليس له ذلك فإن فعل فلها مهر مثلها لأنه عقد معاوضة فلم يجز أن يتضمن فيه عن قيمة الم عوض كالبيع ولأنه يقرب في المأ والمأ وليس له ذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال ألا لا تقولوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله ﷺ أحدًا من نسائه ولا أحدًا من بناته أكثر من اثنتي عشر أوقية وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان إتمامًا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل، وزوج سعيد ابن المسيب ابنته بدرهمين وهو من سادات قريش شرفًا وعلوًا ودينًا، ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ولأنه ليس المقصود من النكاح العرض وإنما المقصود السكن والازدواج ووضع المرأة عند من يكفها في منصب وبصونها وبحسن عشرتها والظاهر من الاب مع تمام شفقتة وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصودة بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويفارق سائر عقود المعارضات فإن المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته فأما غير الاب فليس له أن ينقصها من مهر مثلها فإن زوج بدون ذلك صح النكاح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح ويكون لها مهر مثلها لأنه قيمة بضعها وليس لولي نفعها منه فرجعت إلى مهر مثلها والله أعلم .

والاخبار محمولة على الكبيرة فإنه جعلها أحق من وليها، والصغيرة لاحق لها ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة نسح يزوجهها وإياها بأذنها، ومن دون ذلك على ما ذكرنا من الخلاف لما ذكرناه في البكر والله أعلم

«مسئلة» (وللسيد تزويج أمانته الثيبات والابكار وعييده الصغار بغير إذنهم)

لا نعلم خلافًا في السيد إذا زوج أمته بغير إذنها أنه يصح ثيبًا كانت أو بكرًا صغيرة أو كبيرة وذلك لأن منافعتها مملوكة له والنكاح عقد على منفعة فأشبه عقد الإجارة ولذلك ملك الاستماع بها ولهذا فارقت العبد ولأنه ينتفع بذلك لما يحصل له من مهرها وولدها وتسقط عنه نفقتها وكسوتها بخلاف العبد والمذبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالامة في إيجابها على النكاح وقال مالك في آخر أمره ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها وكرهه ربيعة وللشافعي قولان وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ولنا أنها مملوكة يملك الاستماع بها وإيجابها فملك تزويجها كالقن إذا ملك أخته من الرضاع أو بحوسية فله تزويجها وإن كانتا محرمتين عليه لأن منافعتها مملوكة وإنما حرمتا عليه لما رخص قاما التي بضعها حر فلا يملك إيجابها لأنه لا يملك إيجاب المسكينة لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك إيجابها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل إليه مهرها

(فصل) إذا اشترى عبده المأذون له وربته ديون ملك سيده تزويجها ويعمها واعناقها نص عليه

(فصل) ونعم المهر على الزوج لأن التسمية ههنا فاسدة لسكونها غير مأذون فيها شرعاً فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها بحرم وعلى الولي ضمانه لانه المفطر فكان عليه الضمان كولو باع مالها بدون من مثله .

قال أحمد أخاف أن يكون ضماناً وليس الاب مثل الولي ولا تملك المرأة الفسخ لانه قد حصل لها وجوب مهر مثلها والله أعلم .

«مسئلة» قال (ومن زوج غلاماً غير بالغ أو معتوهاً لم يجز الا أن يزوجه والده أو وصي ناظر له في التزويج)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة :

(أحدها) أنه ليس لغير الاب أو وصيه تزويج الغلام قبل بلوغه ، وقال الشافعي في المجرد للحاكم تزويجه لانه يلي ماله ، وقال الشافعي يملك ولي الصبي تزويجه ليألف حفظ فرجه عند بلوغه وليس بسديد فان غير الاب لا يملك تزويج الجارية الصغيرة فالغلام أولى ونارق الاب ووصيه فان لهما تزويج الصغيرة وولاية الاجبار وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن فانه لا إذن له (الفصل الثاني) في المعتوه وهو الزائل العقل مجنون مطبق ليس لغير الاب ووصيه تزويجه ، وهذا قول مالك وقال أبو عبد الله بن حامد لهما كم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء بأن يتبعهن

أحمد وذكره أبو بكر وقال والسيّد وطؤها وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالفرماء وأصل الخلاف ينسب على دين المأذون له في التجارة فمن دنا يلزم العيب فلا يلحق الفرماء ضرر ويتصرف السيد في الامة فان الدين ما تعلق بها وعنده أن الدين تعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا مذكور في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لانه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذلك ملكت الفسخ بالجلب والعنة والامتناع من الفیئة دون السيد وقارق بيعها لمعيب لانه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الامة المحرمة عليه ولم يملك الفسخ لعيبه ولعنته ولا ابلائه فان زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا يصح فلها الفسخ فان كانت صغيرة فهل لها الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله

(فصل) والسيد تزويج عبده الصغير بشير اذنه في قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب يحتمل أن لا يملك تزويجه

ولنا أنه إذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبده مع ماله إياه ونعم ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده الصغير المجنون

ويريد من وهذا مذهب الشافعي لان ذلك من مصالحه وليس له حال ينتظر فيها اذنه وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب ان في تزويجه ذهاب علته لانه من أعظم مصالحه والله أعلم

(الفصل الثالث) أن للاب أو وصيه تزويجهما سواء كان الغلام عاقلاً أو مجنوناً وسواء كان المجنون مستداماً أو طارئاً فأما الغلام السليم من الجنون فلا نعلم بين أهل العلم خلافاً في أن لا يه تزويجه كذلك قال ابن المنذر ومن هذا مذهبه الحسن والزهرى وقناة ومالك والثوري والاوزاعي وإسحاق والشافعي وأصحاب الرأي لما روي أن ابن عمر زوج ابنة وهو صغير فاختصما إلى زيد فأجازاه جميعاً رواء الأثرم بإسناده فأما الغلام المعتوه فلا يه تزويجه وقال الشافعي لا يجوز لانه يلزمه التزويج حقوقاً من المهر والنفقة مع عدم حاجته فلم يحز له ذلك كغيره من الاولياء

ولنا أنه غير بالغ فملك أبوه تزويجه كالعاقل ولانه اذا ملك تزويج العاقل مع أن له مع احتياجه الى التزويج رأياً ونظراً لنفسه فلا يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى، وفارق غير الاب فانه لا يملك تزويج العاقل، وأما البالغ المعتوه فظاهر كلام أحد والخرقي أن للاب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدنها وقال القاضي إنما يجوز تزويجه اذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه وهو مذهب الشافعي لان في تزويجه مع عدم حاجته اضراراً به بالزامة حقوقاً لا مصلحة له في الزاها وقال أبو بكر ليس للاب تزويجه بحال لانه رجل فلم يحز إجباره على النكاح كالعاقل وقال زفر ان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ لم يحز تزويجه وان كان مستداماً جاز

ولنا أنه غير مكلف فجاز لا يه تزويجه كالمصغير فانه اذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره عند الحاجة فهنا أولى

﴿مسألة﴾ (ولا يملك اجبار عبده الكبير اذا كان عاقلاً)

وهذا قال الشافعي في أحد قولي وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وأنتكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم) ولانه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالامة ولانه يملك اجارته فأشبهه الامة

ولنا انه مكلف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالحر ولان النكاح خالص حقه ونفقة له فأشبهه الحر والامر بانكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الايامى وانما يزوجن عند الطلب ولان مقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه واما الامة فانه يملك منافع بعضها والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بدنه وهو يملك استيفاءها ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضاً قياساً على الكبير ويقوى الاحمال في حق المميز اذا قلنا بصحة طلاقه لانه عاقل مميز يملك الطلاق اشبه البالغ (فصل) والمهر والنفقة على السيد سواء ضمنهما اولاً وسواء باشر العقد بنفسه أو اذن لعبده فعقده مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على ان ذلك يتعلق بكسبه فانه قال

وانا على التسوية بين الطاريء والمستدام أنه معنى يثبت الولاية فاستوى طارئة ومستدامه كالرق ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله فأثبتها عليه في النكاح كالمستدام ، فأما اعتبار الحاجة فلا بد منها فإنه لا يجوز لوليّه تزويجه إلا إذا رأى المصلحة فيه غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة فقد تكون حاجته إلى الأيواء والحفظ وربما كان دواءه ويترجى به شفاؤه فجاز التزويج له كقضاء الشهوة والله أعلم .

(فصل) ومن يفتق في الاحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه لأن ذلك ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت الولاية عليه كالعاقل ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال فهو كالعاقل فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله فعلى نفسه أولى وإن لم يبرج زواله فهو داخل فيها ذكرناه

(الفصل الرابع) أن وصي الاب في النكاح بمنزله على ما ذكرنا في ثبوت الولاية لوصي على المرأة وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه وإنما يثبت ذلك لوصي الاب في التزويج خاصة فإن كان وصياً في المال لم تكن له ولاية في التزويج لأنه إنما يستفيد بالتصرف بالوصية فلا يملك ما لم يوص به اليه ووصي غير الاب لا ولاية له على صبي أو مجنون لأن الموصي لا يملك ذلك فوصيه أولى

(فصل) وإن تزوج لصغير أو مجنون فإنه يقبل لها النكاح ولا يجوز أن يأذن لها في قبوله لأنها ليسا من أهل التصرف وإن كان الغلام ابن عشرين سنة مميز فقياس المذهب جواز تفويض القبول اليه حتى يتولاه لنفسه كما يفوض أمر البيع اليه ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه، وإن تزوج له الولي جاز كما يجوز

نفقته من ضربته وقبل أن كان بقيمة ضربته انفق عليها ولا يعطي المولى وإن لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وقائدة الخلاف أن من أزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وإن لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد والسيد استخدامه ومنعه الاكتساب ومن علقه بكسبه فلم يكن له كسب فللمرأة الفسخ وليس للسيد منعه من التكسب

ولنا أنه حق تعلق بالعقد برضا سيده فتعلق بسيده وجاز يعه فيه كما لورثته بدين ، فعلى هذا لو باعه سيده أو اعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه ، لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط بيعه وعتقه كإرش جنائته فأما النفقة فإنها تتجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد إذا عتق

(فصل) ويجوز أن يتزوج السيد لعبده بإذنه وإن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لأنه مكلف بصح طلاقه فكان من أهل مباشرة العقد كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومعيناً فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فيتزوج غيرها لم يصح لأنه متصرف بالأذن فينفذ تصرفه فيما أذن له فيه كالوكيل، وإن أذن له مطلقاً قل أنه يتزوج من شاء لكن أن تزوج امرأة من بلدة أخرى فليس له منعه من الخروج إليها، وإن كانت في البلد فعلى سيده إرساله ليلاً للاستمتاع وإن أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه إرساله نهائياً لأنه يحتاج إلى استخدامه وليس

أن يمتنع له وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه ووقوع طلاقه وان قلنا لا يصح ذلك منه فهذا أولى .
(فصل) وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لها بزيادة على مهر المثل لأنه معاوضة في حق الغير فلم تجز الزيادة فيها على عوض المثل كبيع ماله وهذا مذهب الشافعي، وقد ذكرنا أن للاب تزويج ابنته بدون صداق مثلاً فهذا مثله فإنه قد يرى المصلحة في ذلك فجاز له بذل المثل فيه كما يجوز في مداوانه بل الجواز هنا أولى فإن الغالب أن المرأة لا ترضى بتزويج محزون إلا أن ترغب بزيادة على مهر مثلاً فيتعذر الوصول إليه بدون ذلك بخلاف المرأة وذكر القاضي في المجرد أن قياس المذهب أنه لا يزوجه بأكثر من امرأة واحدة لعدم حاجته إلى زيادة عليها فيكون بذل الماله فيها حاجة به إليه وذكر في الجامع أن له تزويج ابنته الصغيرة بربع لأنه قد يرى المصلحة فيه وليس له تزويجه بمعية عيباً يرد به في النكاح لأن فيه ضرراً به وتقويتاً لماله فيما لا مصلحة له فيه فإن فعل خرج في حمة النكاح وجبان فإن قلنا يصح فهل لولي الفسخ في الحال ؟ على وجهين مضى توجيهها في تزويج الصغيرة بمعية ومتى لم يفسخ حتى بالغ الصبي أو عقل المجنون فلها الفسخ وليس له تزويجه بامة لأن إباحتها مشروطة بخوف العنت وهو معدوم في حق الصبي غير معدوم في المجنون

(فصل) وإذا زوج ابنته تعاق الصداق بذمة الابن موسراً كان أو معسراً لأنه عقد للابن فكان عليه بذله كتمن المبيع وهل يضمنه الاب ؟ فيه روايتان (أحدهما) يضمنه نص عليه فقال تزويج الاب لابنته الطفل جائز ويضمن الاب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان (والأخرى) لا يضمنه لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كتمن مبيعه أو كالمكيل قال القاضي هذا

النهار محلاً للاستمتاع غالباً ولسيده السفر به فإن حق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك السفر وإن كرهت أمرأته كذا هنا

(فصل) وللسيد أن يعين له المهر وله أن يطلق فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بمهر المثل عند الإطلاق أو دونه لزم المسمى وإن تزوج أكثر من ذلك لم يلزم الزيادة وهل يتعلق برقة العبد أو ذمته يتبع بها بعد العتق ؟ على روايتين على استئانة العبد المحجور عليه وقد ذكرنا ذلك في كتاب الحجر

(فصل) وإذا تزوج أمة ثم اشتراها باذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك في نكاحه وإن اشتراها لنفسه وقلنا أنه لا يملك بالتملك انفسخ النكاح كما لو اشترى الحر امرأة وله وطؤها بملك اليمين باذن سيده فإن كان بعضه حراً فاشترى في ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تجز له لأنه لا يملك جميعاً وإن اشتراها بيمين مال مشتركة بينه وبين سيده بغير اذنه وقلنا أنه لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وإن قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح للملكة بعضها

أصح وقال إنما الروايتان فيما إذا كان معسراً أما المومسر فلا يضمن الاب عنه رواية واحدة فان طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق، فان كان ذلك بعد دتم الاب الصداق عنه رجم نصفه إلى الابن وليس للاب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لأن الابن ملأه بالطلاق عن غير أبيه فأشبهه ماله وهبه الاب أجنياً ومهبه الأجنبي للابن، ويحتمل أن يرجع فيه لأنه تبرع عن ابنه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول وان اردت قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في النصف بالطلاق

(فصل) في المحجور عليه لفسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال (أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته إلى النكاح لأنه نصب لمصلحه وهذا من مصالحه لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه فانه ربما تعرض بترك التزويج للآثم بالزنا والحد وهتك العرض وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله ، وسواء كانت حاجته بالاستمتاع أو إلى الخدمة فيزوجه امرأة لتحل له لأنه يحتاج إلى الخلوة بها وإن لم يكن به حاجة اليه لم يحز تزويجه لأنه يلزمه بالنكاح حقوقاً من المهر والنفقة والعشرة والمبيت والسكنى فيكون تضديعاً لماله ونفسه في غير فائدة فلم يحز كتبذير ماله وإذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه ، فان زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا يصح لأنه عقيد معاوضة فملك الولي في حق المولي عليه كالبيع ، ولأنه محجور عليه أشبه الصغير والمجنون ، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير اذنه لأنه يملك الطلاق فلم يحجز على النكاح كالرشيد والعبد الكبير ، وذلك لأن اجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضرار فانه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح ، ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى

(فصل) وليس لسائر الاولياء تزويج كثيرة الا باذنها الا المجنونة لهم تزويجها اذا ظهر لهم منها الميل إلى الرجال وليس لسائر الاولياء غير الاب تزويج كثيرة بغير اذنها جداً كان أو غيره . وبه قال مالك وأبو عبيد والثوري وابن أبي ليلى وهو قول الشافعي الا في الجد فانه جعله كالاب فان ولايته ولاية ابلاد فملك الاجبار كالاب

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها؟ قال « أن نسكت » متفق عليه ولأن الجد قاصر عن الاب فلم يملك الاجبار كالم ولأنه يدلي بغيره فأشبهه سائر العصبات، وفارق الاب فانه يدلي بغير واسطة ويسقط الجد ويحجب الام عن ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو امرأة وأبوين فأما المجنونة فلم تزد عليها اذا ظهر لهم منها الميل إلى الرجال ذكره أبو الخطاب وقال القاضي لا يزوجه إلا الحاكم لأنه الناظر لها في مالها دونهم فيجب أن يختص بالولاية ووجه الاول أن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم لو كانت عاقلة فكذلك اذا كانت مجنونة وقال الشافعي لا يجوز تزويجها الا أن يقول أهل الطب ان علتها تزول بذلك

فاذا أجبر على من يكرهها لم تحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الاخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه ، وأما جاز ذلك في حق المجنون والعاقل لعدم امكان الوصول الى ذلك من قولهما ولم يتعذر ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشد

(الحال الثاني) أن الولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي لولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لانه من أهل النكاح فانه عاقل مكاف وذلك ، لك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض اليه ذلك ثم هو مخير بين أن يميز له المرأة أو يأذن له مطلقا . وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التمييز لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها فيتضرر بذلك

ولنا انه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالأذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكره ولا يتزوج إلا بمهر المثل فان زاد على مهر المثل بطلت الزيادة لانها محابة بماله ولا يملكها ، وإن نقص عن مهر المثل جاز لانه ربح من غير خسران

(الحال الثالث) اذا تزوج بغير اذن قال ابو بكر يصح النكاح أوما اليه احد ، قال القاضي يعني اذا كان محتاجا فان عدت الحاجة لم يجز لانه اتلاف لماله في غير فائدة ، وقال أصحاب الشافعي إن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا بأذنه لانه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير اذن كالعبد ، وإن طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان

ولنا أنه اذا احتاج الى النكاح فحقه متعين فيه فصح استيفاءه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال مند امتناع وليه من استيفائه ، فاما أن تزوج من غير حاجة لم يصح فان وطئ الزوجة فعليه مهر المثل لانه أتلف بعضها بشبهة فلزمه عوض ما أتلف كما لو أتلف مالها

ولنا أنها محتاجة اليه لدفع ضرر الشهوة عنها وصياتها عن الفجور وتحصيل النفقة والمهر فجاز تزويجها تحصيلاً لهذه المصالح كغيرها

(فصل) في تزويج المجنونة ان كانت ممن يجبر او كانت عاقلة جاز تزويجها لمن يملك اجبارها لانه اذا ملك اجبارها مع عقلها وامتاعها فع عدمه اولى ، وان كانت ممن لا يجبر فهي ثلاثة اقسام (أحدها) ان يكون وليها الاب أو وصيه كالبنت الكبيرة فهذه يجوز لوليها تزويجها ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحنفي ولانه جعل للاب تزويج المعتوه فالمرأة اولى وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة ومنع منه أبو بكر لانها ولاية اجبار وليس على البنت ولاية اجبار والاو اصح فان ولاية الاجبار انما تنفت عن العاقلة بمحصول المباشرة منها والخيرة وهذه بخلاف ذلك ، وكذلك الحكم في البنت الصغيرة اذا قلنا بعدم الاجبار في حقها اذا كانت عاقلة (القسم الثاني) ان يكون وليها الحاكم وفيها وجهان احدهما ليس له بحال لان هذه ولاية اجبار فلا يثبت لغير الاب بحال عضلها والثاني له تزويجها اذا ظهر منها شهوة الرجال كبيرة كانت او صغيرة وهو اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وقول أبي حنيفة لان لها حاجة اليه لدفع

(فصل) وليس لغير الاب تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كرمي الاب والحاكم على قول ابن حامد أو لا يملكه لانعم في هذا خلافاً ، فأما الاب اذا زوج ابنه الصغير أو المجنون فقد قال احمد في رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم ان الابون كرها هل لهما أن يفسخا فقال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال ابو بكر لم يبلغني عن ابي عبد الله في هذه المسئلة إلا هذه الرواية فتخرج على قولين

(أحدهما) يملك ذلك وهو قول عطاء وقتادة لأنها ولاية يستفيد بها تملك البضع فجاز أن يملك بها إزالته اذا لم يكن متبهما كلياً كم يملك الطلاق على الصغير والمجنون (والقول الثاني) لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لقول النبي ﷺ « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ولأنه لا يملك البضع فلا يملك الطلاق بنفسه كرمي الاب والحاكم وكالسيد يزوج عبده الصغير ، وبهذه الاصول يبطل دليل القول الاول

(فصل) واذا ادعت امرأة المجنون عنته لم تضرب له مدة لأنها لا تثبت إلا باقرار الزوج ولا حكم لاقراره ، وان أقر بالعنة وهو صحيح فضربت له المدة ثم جن وانقضت المدة وضابت المرأة بالفسخ لم يفسخ لأنها إن كانت ثيباً فالقول قوله ، وإن كانت بكرأ فادعى منعها إياه نفسها وأنه وطئها فعادت عذرتها فله استحلانها فاذا كان لا يبر عن نفسه لم يستعلف ولا يثبت ما قاتته فلم يفسخ عليه (مسئلة) قال (واذا زوج أمته بنير اذنها فقد لزمها النكاح كبيرة كانت أو صغيرة)

ضرر الشهوة عنها وصياتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض ولا سبيل الى اذنها فأبيح تزويجها كاثيب مع ايها وكذلك ينبغي ان يملك تزويجها ان قال أهل الطب عليها زول بزويجها لان ذلك من أعظم مصالحها وقال الشافعي لا يملك تزويج صغيرة بحال ويملك تزويج الكبيرة اذا قال أهل الطب ان عليها زول بزويجها

ولنا أن المغني المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة فأبيح تزويجها كالكبيرة اذا أظهرت شهوة الرجال ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها ، وتعرف شهوتها من كلامها من قرائن أحوالها كتبها الرجال وميلها اليهم وأشياء ذلك (القسم الثالث) من وليها غير الاب والحاكم فقال القاضي لا يزويجها الا الحاكم فيكون حكمها حكم القسم الثاني على ما بينا وقال أبو الخطاب لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها وهذا قول أبي حنيفة لان ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم فقدموا عليه في التزويج كما لو كانت عاقلة ، ووجه قول القاضي أن الحاكم هو الناظر في ما لها دونهم فكان وليا دونهم كتزويج أمتها ولان هذا دفع حاجة ظاهرة فكانت الى الحاكم كدفع حاجة الجوع والعري فان كان وصياً في مالها لم يملك تزويجها لانه لا ولاية له والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الاب والحاكم كما ذكرناه

لانعم في هذا خلافاً وذلك لان منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها فأشبه عقد الاجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد ولانه ينتفع بتزويجها لما حصل له من مهرها وولدها ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها بخلاف العبد

(فصل) والمدبرة والملق عقها بصفة وأم الولد كالامة القن في اجبارها على النكاح ، وقال مالك آخر أمره ايس له تزويج أم ولده بغير اذنها وكرهه ربيعة ، ولشاذلي فيه قولان لانه لا يملك التصرف في رقبته فكذلك لا يملك تزويجها بغير اذنها كالخته

ولنا أنها مملوكة يملك الاستمتاع بها واجارتها فملك تزويجها كالقن ولانها إحدى منفعتها فملك أحد عوضها كسائر منافعها ، وما ذكره يطل بابطه الصغيرة لا يملك رقبته ويملك تزويجها ، وإذا ملك أخته من الرضاع او محوسية فله تزويجها ، وان كانتا محرمتين عليه لان منافعهما ماله وانما حرمتا عليه لعارض ، فأما التي بعضها حر فلا يملك سيدها إجبارها لانه لا يملك جميعها ولا يملك إجبار المكاتبه لانها بمنزلة الخارجة عن ملكه ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها ولا تلزمه نفقتها ولا يصل اليه مهرها فهي كالعبد (فصل) فان طلبت الامة من سيدها تزويجها فان كان يطؤها لم يجبر على تزويجها لانه عليه ضرر أي تزويجها ووطؤها لما يدفع حاجتها فان كان لا يطؤها لكونها محرمة عليه كالمحوسية وأخته من الرضاع او محملة له لکن لا يرغب في وطئها أجبر على تزويجها أو وطئها ان كانت محملة له وإزالة ملكه عنها لانه وليها فأجبر على تزويجها كالحره ، ولان حاجتها قد نشدت الى ذلك فأجبر على دفعها كالاطعام والكسوة واذا امتنع أجبره الحاكم ، وان طلبت منه من نصفها حر أو المكاتبه أو أم الولد التزويج أجبر عليه لانه وليهن فأجبر على تزويجهن كالحرائر

(مسألة) (وليس لهم تزويج صغيرة بحال)

لما روي أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه من عبد الله بن عمر فرفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال « أنها يتيمة ولا تنكح الا باذنها » لا اذن هؤلاء وعن احمد ان لهم ذلك وطأ الخیار اذا بلغت وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة وابن شبرمة والاوزاعي وأبي حنيفة وقال هؤلاء عن أبي حنيفة اذا زوج الصغيرين غير الاب فلها الخیار إذا بلغا لقول الله تعالى (وان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) مفهومه أنه إذا لم يخف فله تزويج اليتيمة ، واليتيمة التي لم تبلغ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد احتلام » قال عروة سألت عائشة عن قول الله تعالى (وان خفتم الا تقسطوا في اليتامى) قالت يا ابن أخي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها يعجبها مالها وجمالها يريد أن يزوجه بغير أن يقسط في صداقها فيعطيهامثل ما يعطيها غيره وان نكاحن الا ان يقسطوا فيهن ويلقوا أعلى سنتهن في الصداق . متفق عليه وروى عائشة ان جارية بكرأ زوجها أبوها وهي كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم الحديث مرسل (والثالثة) لم تزويجها إذا بلغت تسع سنين

(فصل) وإذا اشترى عبده المأذون أمة وركبته ديون مالك سيده تزويجها وبيعها واعتاقها نص عليه أحمد وذكره أبو بكر وقال السيد وطوها ، وقال الشافعي ليس له شيء من ذلك لما فيه من الاضرار بالعرماء ، وأصل الخلاف بيني على دين المأذون له في التجارة فعندنا يلزم السيد فلا يلحق العرماء ضرر بتصرف السيد في الأمة فإن الدين ماتعاق بها وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبما في يده فيلحقهم الضرر والكلام على هذا يذكر في موضعه

(فصل) وليس للسيد اكراه أمته على التزويج بمعيب عيباً يرد به في النكاح لأنه يؤثر في الاستمتاع وذلك حق لها ولذا كملست الفسخ بالجلب والعنة والامتناع من العبد دون السيد وفارق بيعها من معيب لأنه لا يراد للاستمتاع ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة ولم تملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عته ولا إيلائه ، وإن زوجها من معيب فهل يصح ؟ على وجهين فإن قلنا يصح فلها الفسخ وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها ؟ على وجهين ، ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كاه

(مسألة) قال (ومن زوج عبده وهو كاره لم يحز الا ان يكون صغيرا)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن السيد لا يملك اجبار عبده البالغ العاقل على النكاح وبهذا قال الشافعي في أحد قوله وقال مالك وأبو حنيفة له ذلك لقول الله تعالى (وانكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم) ولأنه يملك رقبته فملك اجباره على النكاح كالامة ولأنه يملك اجارته فأشبهه الأمة .

لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « تستأمر اليتيمة في نفسها فان سكنت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها » رواه أبو داود وقد اتفق الاذن فيمن لم تبلغ تسع سنين فيجب حمله على من بلغت تسعاً .

(فصل) ويستحب للاب استئذان ابنته البكر لان النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ونهى عن الانكاح بدونه ، وأقل أحوال ذلك الاستعجاب ولأن فيه تطيب قلبها وخروجها من الخلاف ، وقالت عائشة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجارية ينكحها أهلها تستأمر أم لا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « نعم تستأمر » وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « استأمروا النساء في ابضاعهن فان البكر تستحي فتسكت فهو إذنها » متفق عليهما وروي عن عطاء قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يستأمر بناته إذا نكحن قال كان يجلس عند خدر المخطوبة فيقول « إن فلانا يذكر فلانة » فان حركت الخدر لم يزوجها وإن سكنت زوجها . ويستحب استئذان المرأة في تزويج ابنتها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أمروا النساء في بنهن » ولأنها تشاركه في النظر لبناتها وتحصيل المصلحة لها لشفتها عليها وفي استئذانها تطيب قلبها وارضائها فيكون أولى

ولنا أنه مكاف يملك الطلاق فلا يجبر على النكاح كالمزول لان النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر والامر بالنكاحه مخص بحال طلبه بدليل عطفه على الايام وانما يزوجن عند الطلب ومقتضى الامر الوجوب وانما يجب تزويجه عند طلبه، وأما لامة فانه يملك منافع بضمه والاستمتاع بها بخلاف العبد، ويفارق النكاح الاجارة لانها عقد على منافع بذنا وهو يملك استيفاءها .

(الفصل الثاني) في العبد الصغير الذي لم يبلغ للسيد تزويجه في قول أكثر أهل العلم الا أن بعض الشافعية قال فيه قولان وقال أبو الخطاب بمحتمل أن لا يملك تزويجه .
ولنا أنه اذا ملك تزويج ابنه الصغير فعبد مع ملكه له وتام ولايته عليه أولى وكذلك الحكم في عبده المجنون .

(فصل) والمهر والنفقة على السيد . واد ضمنهما أو لم يضمهما وسواء باشر العقد أو أذن لعبده فعقده وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فانه مال نفقته من ضريبته وقال ان كان بقيمة ضريبته انفق عليها ولا يهبط المولى وان لم يكن عنده ما ينفق يفرق بينهما وهذا قول الشافعي، وفائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبها عليه وان لم يكن للعبد كسب وليس للمرأة الفسخ لعدم كسب العبد والسيد استعداده ومنعه من الاكتساب ومن عقده بكسبه لم يكن له كسب للمرأة الفسخ وليس للسيد نفعه من الكسب
ولنا أنه حق تعاقد بالعبد رضا سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو رهنه بدين . فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لانه حق تعاقد بذمته فلم يسقط ببيعه وعقده

مسئلة (واذن الثيب الكلام واذن البكر الصمات)

اما الثيب فلا نعلم بين اهل العلم خلافا في أن اذنها الكلام لاخبر وان اللسان هو المعبر عما في القلب وهو المعبر في كل موضع يعتبر فيه . الاذن غير اشياء يسيرة اقيم الصمت فيها مقامه لعارض ، واما البكر فاذا صماتها في قول عامة اهل العلم منهم شريح والشعبي والنخعي والثوري والاوزاعي وابن شبرمة وابو حنيفة، ولا فرق بين كون الولي ابا او غيره وقال اصحاب الشافعي في صمتها في حق غير الاب وجهان (احدهما) لا يكون إذنا لان الصمات عدم الاذن فلا يكون اذنا ولانه محتمل للرضا وغيره فلا يكون اذنا كما في حق الثيب وانما اكتفى به في حق الاب لان رضاها غير معتبر ، وهذا شذوذ عن اهل العلم وترك السنة الصحيحة الصريحة يسان الشافعي عن اضافته اليه وجعله مذهبا له مع كونه من اتباع الناس لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يرجع منصف على هذا القول وقد تقدمت روايتنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « لا تكح الايم حتى تستأمر ولا تكح البكر حتى تستأذن » فقالوا يا رسول الله فكيف اذنها قال « ان تسكت » وفي رواية عن عائشة انها قالت يا رسول الله إن

كأرش جنابته فأما النفقة فإنها تنجد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري أو على العبد إذا أعق (فصل) ويجوز أن يتزوج السيد لعيده بأذنه ويجوز أن يأذن للعبد فيتزوج لنفسه لأنه مكلف يصح طلاقه فكان من أهل مباشرة النكاح كالحر ويجوز أن يأذن له مطلقاً ومقيداً، فإن عين له امرأة أو نساء بلد أو قبيلة أو حرة أو أمة فتزوج غيرها لم يصح لأنه متصرف بالأذن فقيد تصرفه بما أذن له فيه كالوكيل وإن أذن له مطلقاً فله أن يتزوج من شاء. لكن إن تزوج امرأة من بلدة أخرى فلا سيد منعه من الخروج إليها وإن كانت في البلد فعلى السيد إرساله ليلاً للاستمتاع وإن أحب سيده أن يسكنها في مسكن من داره فله ذلك إذا كان مسكن مثلها ولا يلزمه إرساله نهاراً لأنه يحتاج إلى استخدامه وليس النهار محلاً للاستمتاع واسيده المسافرة به فإن جق امرأة العبد عليه لا يزيد على حق امرأة الحر والحر يملك المسافرة وإن كرهت امرأة كذا ههنا

(فصل) ولا سيد أن يعين له المهر وله أن يطلق فإن تزوج بما عينه أو دونه أو بهر المثل عند الإطلاق أو دونه لزم المسمى وإن تزوج بأكثر من ذلك لم يلزم السيد الزيادة، وهل تنعاق رقبة العبد أو بذمته يقيم بها بعد العتق؟ على روايتين بناء على استدانة العبد المحجور عليه وقد ذكر في باب المضرة

(فصل) وإن تزوج أمة ثم اشتراها بأذن سيده لسيده لم يؤثر ذلك في نكاحه وإن اشتراها لنفسه وقلنا إن العبد لا يملك بالتملك فكذلك وإن قلنا يملك بالتملك انفسخ نكاحه كما لو اشترى الحر امرأة وله وطؤها بملك الميم إذا أذن له السيد فإن كان نصفه حراً فاشترى في ذمته أو بما يختص بملكه انفسخ نكاحه لأنه ملكها وحلت له بملك يمينه وإن ملك بعضها انفسخ نكاحه ولم تحل له لأنه لا يملك جميعها وإن اشتراها بعين مال مشترك بينه وبين سيده بغير إذنه وقلنا لا تفرق الصفقة لم يصح البيع والنكاح بحاله وإن قلنا بتفريقها صح في قدر ماله وانفسخ النكاح لملكه بعضها (فصل) وإن اشترت الحرة زوجها أو ملكته بهيمة أو غيرها انفسخ النكاح لأن ملك النكاح

البر تستحي قال «رضاؤها صحتها» متفق عليه، وفي رواية «تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكنت فهو أذن» وهذا صريح في غير ذات الأب والأخبار في هذا كثيرة ولأن الحياء عقلة على لسانها يمنعها النطق بالأذن ولا تستحي من أبائها وأمتاعها فإذا سكنت غلب على الظن أنه كرهاها فاكنتي به وماذ كروه يقضي إلى أن لا يكون صحتها إذنا في حق الأب أيضاً لأنهم جملوا وجوده كدمه فيكون إذا ردأ على النبي صلى الله عليه وسلم بالكلية وأطراحا للأخبار الصريحة الجليلة وخرقا لاجماع الأمة

(فصل) فإن أذنت بالنطق فهو ابنته وأتم، وإن ضحكت أو بكيت فهو بمنزلة سكوتها، وقال أبو يوسف ومحمد إن بكيت فليس بأذن لأنه يدل على الكراهة وليس بصمت فيدخل في عموم الحديث. ولنا ما روى أبو بكر بإسناده عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «تستأمر

واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا لملكه ولأن المرأة تقول أنفق علي لاتي امرأتك وأنا أسافر بك لانك عبيدي ويقول هو أنفقتي علي لاتي عبدك وأنا أسافر بك لانك امرأتي فيتنافي ذلك فيثبت أقواهما وهو ملك اليمين وينسخ النكاح لانه أضعف ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وله عليها الثمن فان كانا دينين من جنس تقاصا وتساقطا وإن كانا متساويين وإن تفاضلا سقط الاقل منهما بمثله وبقي الفاضل ، وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه إلى صاحبه . وقال الشافعي في أحد قولييه يسقط مهرها لانه دين في ذمة العبد فاذا ملكته لم يجوز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو أنفقت لها مالا ، وهذا بناء منه على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في إسقاطه

وذكر القاضي فيه وجهاً أنه يسقط لأن ثبوت الدين في ذمة السيد تبع اثبوت في ذمة العبد فاذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعاً كالدين الذي على الضامن اذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ، ولانه ثبت في الذمتين جميعاً احدهما تبعاً للآخرى بل المذهب على أنه لا يسقط بعد الدخول بحال ، فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل دخوله بها وفي سقوط باقيه وجهان (أحدهما) لا يسقط لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع فالفسخ اذاً من جهته فلم يسقط جميع المهر كالخلع (والثاني) يسقط لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة فأشبهه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لاعتساره وشراء الرجل لامرأته

(فصل) فان ابتاعته بصداقها صح نص عليه أحمد وذكره أبو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجميعه إن قلنا يسقط جميعه ، ويحتمل أن لا يصح البيع وهو قول أصحاب الشافعي

اليتيمة فان بكت أو سكنت فهو رضاها وإن ابت فلا جواز عليها « ولانها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان أذنا منها كالصمت والضحك والبكاء يدل على فرط الحياء لا على الكراهة ولو كرهت لامتنت فانها لا تستحي من الامتناع والحديث يدل بصريحته على أن الصمت اذن ومعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء ولذلك أقننا الضحك مقامه

﴿مسئلة﴾ (ولا فرق بين الثوبه بوطه مباح او محرم)

وجملته ان الثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل سواء كان الوطء مباحا او محرما وهذا مذهب الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة في المصابة بالفجور حكما حكم البكر في إذنها وتزويجها لان علة الاكتفاء بصمت البكر الحياء من الشيء ولا يزول الا بمباشرة وهذه لم تبشر الاذن في النكاح فبقي حياؤها منه بحاله .

ولنا قوله عليه السلام «البكر تعرب عن نفسها» ولان قوله عليه السلام «لا تكح الأيم حتى تستأمر

لأن ثبوته يقتضي نفيه . فإن صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع لانه عوض ولا يصح بغير عوض
ولنا انه يجوز أن يكون ثمة لغير هذا العبد فجاز أن يكون ثمة له كغيره من الديون وما سقط منه يرجع عليه به .

(مسألة) قال (فاذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما)

وجلة ذلك أنه ان كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جاز سواء أذنت في رجل معين أو مطلقا فقالت قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد فاذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالنكاح له دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقتادة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي، وبه قال عطاء، ومالك ما لم يدخل بها الثاني فإن دخل بها الثاني صار أولى أقول عمر إذا أنكح الوليان فالأول أحق ما لم يدخل بها الثاني ولان الثاني انصل بعقد القبض فكان أحق

ولنا ما روى سمرة وعقبة عن النبي ﷺ أنه قال « أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول » أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة . وروى نحو ذلك عن علي وشريح ولان الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا كما لو علم أن لها زوجا ، ولانه نكاح باطل لو عرى عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة والمرتد وكما لو علم ، فأما حديث عمر رضي الله عنه لم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي رضي الله عنه وجاء على خلاف حديث النبي ﷺ وما ذكروه من القبض لامعنى له فان النكاح يصح بغير قبض على أنه لا أصل له فيقاس عليه ثم يبطل بسائر الانكحة الفاسدة

ولا تنكح البكر حتى تستأذن واذنها ان تسكت « يدل على انه لا بد من نطق الثيب لانه قسم النساء قسمين فجعل السكوت اذنا لأحدهما فوجب ان يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب فان الثيب الموطوءة في القبل وهذه كذلك ولانه لو وصى لثيب النساء دخلت في الوصية ولو وصى للابكار لم تدخل ولو شرطها في التزويج أو الشراء فوجدتها مصابة بالزنا ملك الفسخ، ولانها موطوءة في القبل اشبهت الموطوءة بشبهة والتعليل بالحياء لا يصح فانه امر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة ثم هذا التعليل يفضى إلى ابطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه، ولا فرق بين المكرهة والمطوعة، وعلى هذا ليس لانيها إجبارها إذا كانت بالغة، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان قولهم انها لم تبشر الاذن قلنا يبطل بالموطوءة بشبهة وبملك يمين والمزوجة وهي صغيرة .

(مسألة) (فأما زوال البكارة بأصعب أو وثبة فلا يغير صفة الاذن)

(فصل) اذا استوى الاوليا، في الدرجة كالاخوة وبنينهم والاعمام وبنينهم فالأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم لان النبي ﷺ لما تقدم اليه محيصة وحويصة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ « كبر كبر » أي قدم الأكبر قدم الأكبر فتكلم حويصة ، وان نشاحوا ولم يقدموا الأكبر أفرع بينهم لان حقهم استوى في القرابة وقد كان النبي ﷺ إذا أراد السفر أفرع بن نسائه لتساوي حقوقهن كذا ههنا ، فان بدر واحد منهم فزوج كفؤاً باذن المرأة صح وان كان هو الأصغر المفضل الذي وقعت القرعة لغيره لانه تزويج صدر من ولي كامل الولاية باذن موليته فصح كما لو انفرد واما القرعة لازمة المشاحة

﴿مسئلة﴾ قال (فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينهما وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصبرها زوجها حتى تحيض ثلاث حيض بعد آخر وقت وطئها الثاني)

أما إذا علم الحال قبل وطء الثاني لها فانما تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني لان عقده عقد فاسد لا يوجب شيئاً ، وان وطئها الثاني وعلم لا يعلم فهو وطء شبهة يجب لها به المهر وترد إلى الاول ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدتها بثلاث حيض ان كانت من ذوات الاقراء ، ولم تحمل ، نص عليه أحمد وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر وقال أحمد رحمه الله لها صدق بالميسر وصدق من هذا ولا يرد الصدق الذي يؤخذ من الداخل بها على الذي دفعت اليه وذلك لان الصدق في مقابلة الاستمتاع بها فكأن لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهة ، ولا يحتاج هذا النكاح الثاني الى فسخ لانه

إذا ذهبت بكارتها بنير الوطء كالوثبة أو شدة حيضة أو أصبح أو عود فحكها حكم الابكار ذكره ابن حامد لانها لم يجر المقصود ولا وجد وطؤها في القبل فاشبهت من لم تزل عذرتها وكذلك لو وطئت في الدبر لانها غير موطوءة في القبل.

(فصل) إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها قبل الدخول فالقول قولها في قول أكثر الفقهاء وقال زفر في الثيب كقول الجماعة وفي البكر القول قول الزوج لان الاصل السكوت والكلام حادث والزواج يدعى الاصل والقول قوله .

ولنا أنها منكرة للاذن والقول قول المتكر ولانه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت والاصل عدم ذلك وهذا جواب عن قوله ، وان اختلفا بعد الدخول فقال القاضي قول الزوج لان التمكن من الوطء دليل على الاذن وصحة البكارة فكان الظاهر معه ، وهل تستحلف المرأة إذا قلنا القول قولها؟ قال القاضي : قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فانكرته وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف ومحمد تستحلف فان نكلت فقال أبو يوسف ومحمد ثبت النكاح وقال الشافعي يستحلف الزوج ويثبت النكاح .

باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لا حكم له ، ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة لا بالتسمية . وذكر أبو بكر ان الواجب المسمى ، قال القاضي هو قياس المذهب والاول اصح لما قلناه والله اعلم

(مسئلة) قال (فان جهل الاول منهما فسخ النكاحان)

وجله ذلك انه اذا جهل الاول منهما فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعها أو يعلم ان أحدهما قبل الآخر لا بعينه أو يعلم بعينه ثم يشك فالحكم في جميعها واحد وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعا نص عليه احمد في رواية الجماعة ثم تزوج من شات منهما أو من غيرها ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك وعن أحمد رواية أخرى انه يفرع بينهما فن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يحدد انفارح نكاحه ، فان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح شيئا وان كانت زوجة الآخر بانته بطلانه وصارت زوجة هذا بعقده اثنائي لان القرعة تدخل التمييز بالحقوق عند التساري كالسفر باحدى نسائه والبداءة بالمبيت عند إحداهن وتعيين الانصباء في القسمة

وقال الثوري وأبو ثور يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقه فان أيا فرق بينهما ، وهذا قريب من قولنا الاول لانه تعذر إمضاء العقد الصحيح فوجب إزالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر : النكاح مفسوخ لانه تعذر امضاؤه ، وهذا لا يصح فان العقد الصحيح لا يطل ب مجرد إشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول إلا بفسخه كذا ههنا . وقد

ولنا أنه اختلاف في زوجيته فلا يثبت بالنكول كما لو ادعى الزوج أصل الزوج فأنكرته ، فان كانت المرأة ادعت أنها اذنت وأنكرته ورثة الزوج فالقول قولها لانه اختلاف في أمر مختص بها صادر من جهتها فكان القول قولها فيه كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها ولانها تدعي صحة العقد وهم يدعون فسادة فالظاهر معها

(فصل) في المحجور عليه للسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال :

(أحدها) أن لوليه تزويجه إذا علم حاجته الى النكاح لانه نصب لمصالحه وهذا من مصالحه لانه يصون به دينه وجرضه ونفسه . فانه ربما تعرض بترك التزويج للأنثم بالزنا الموجب الحد وهناك العرض ، وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله وسواء كانت حاجته الى الاستمتاع أو الى الخدمة فبزوجه امرأة لتحل له لانه يحتاج الى الخلوة بها وان لم يكن به حاجة اليه لم يحز تزويجه لانه يلزمه بالنكاح حقوق من المهر والنفقة والعشرة والمليت والسكنى فيكون تضيقاً ماله ونفسه في غير فائدة فلم يحز كتبذير ماله واذا أراد تزويجه استأذنه في تزويجه فان زوجه بغير اذنه فقال أصحابنا يصح لانه عقد معاوضة فملكه الولي في حق المولي عليه كالبيع ولانه محجور عليه أشبه

روى عن شرح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سلمان أنها تخير فأيهما اختارته فهو زوجها وهذا غير صحيح فإن أحدهما ليس بزوجة لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعتقد إلا أحدهما كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها، إلا أن يردوا بقولهم أنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما عن التفريق بينها وبينهما جميعا وبفسخ أحد النكاحين عن فسخها، فإن أبت أن تختار لم تخبر وكذلك ينبغي أنه إذا أقرع بينهما فوقعت القرعة لأحدهما لم تخبر على نكاحه لأنه لا يعلم أنه زوجها فبينه إذا فسخ النكاحين ولما أن تزوج من شات منهما أو من غيرهما في الحال أن كان قبل الدخول وإن كان أحدهما دخل بها لم تنكح حتى تنقضي عدتها من وطئ

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما اتى السابق بألفه ولا بينة لهما لم يقبل قوليهما، وإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء ولنا أن الخصم في ذلك هو الزوج الأخير فلم يقبل إقرارها في إبطال حقه كما لو أقرت عليه بطلاق وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك، وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول، فإن فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل إقرارها لأنها اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبهه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن العقدين وقعا معا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لاحتاجة إلي فسخهما

الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير إذنه لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح كالرشيد والعبد الكبير وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق مجرد اضراء فانه يطلق فيلزمه الصداق مع قوات النكاح ولأنه قد يكون له غرض في امرأة ولا يكون له في أخرى فإذا أجبر على من يكرهها لم يحصل له المصلحة منها وفات عليه غرضه من الأخرى فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه وإنما جاز ذلك في حق المجنون والطفل لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولها ولا يتم ذلك ههنا فوجب أن لا يفوت ذلك عليه كالرشيد (الحال الثاني) أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحال التي للولي تزويجه فيها وهي حالة الحاجة لأنه من أهل النكاح فانه عاقل مكلف وكذلك يملك الطلاق والخلع فجاز أن يفوض إليه ذلك وهو مخير بين أن يعين له امرأة أو يأذن له مطلقاً وقال بعض الشافعية يحتاج إلى التعيين له لئلا يتزوج شريفة بكثرة مهرها وتفقتها فيتضرر بذلك

ولنا أنه أذن في النكاح فجاز من غير تعيين كالأذن للعبد وبهذا يبطل ما ذكره، ولا يتزوج إلا بمهر المثل فإن زاد على مهر المثل بطأت الزيادة لأنها محاباة بماله وهو لا يملكها وإن نقص عن مهر المثل جاز لأنه تزوج من غير خسران (الحال الثالث) إذا تزوج بغير إذن فقال أبو بكر يصح النكاح

لأنهما باطلان من أصلهما ولا مهر لما على واحد منهما ولا ميراث لها منها ولا يرثها واحد منهما كذلك وإن لم يعلم ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ نكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كما لو خالعا ، وقال أبو بكر لا مهر لها لأنهما مجبران على الطلاق فلم يلزمها مهر كما لو فسخ الحاكم نكاح رجل لعسره أو عنته ، وإن ماتت قبل الفسخ والطلاق فلا أحدهما نصف ميراثها فوقف الأمر حتى يصطالحا عليه ويحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث ، وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما ، فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ربع ميراث من أقرت له ، فإن كان فدادمي ذلك أيضا دفع اليها ربع ميراثه ، وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع إيمانهم فإن نكحوا قضي عليهم ، وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما وبرأ ، واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت قرعته فلها ربع ميراثه وقدر روى حنبل عن أحمد في رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهما فأيتهن أصابها القرعة فهي زوجته ، وإن مات الزوج فهي التي ترثه والله أعلم

(فصل) وإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقتلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لاقراره لها به واقرارها ببراءة صاحبه ، وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه كذلك ، وإن ماتت هي قبلهما احتمل أن يرثها المقر له كما رآه ، واحتمل أن لا يقبل اقرارها له كما لم تقبله في نفسها ، وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته ، وليس لورثة

أوماً إليه أحد قال القاضي يعني إذا كان محتاجاً فإن عدمت الحاجة لم يحز لأنه اتلاف لماله في غير فائدة وقال أصحاب الشافعي أن أمكنه استئذان وليه لم يصح إلا باذنه لأنه محجور عليه فلم يصح منه التصرف بغير إذنه كالمبدوان طلب منه النكاح فأبى أن يزوجه ففيه وجهان

ولنا أنه إذا احتاج إلى النكاح لحقه متعين فيه فصح استيفاؤه بنفسه كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه ، فأما أن تزوج من غير حاجة لم يصح وإن وطئ فعليه مهر المثل للزوجة لأنه أنلف بضعها بشبهة فلزم عوض ما أنلف كاتلاف مالها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الثالث الولي فلا نكاح إلا بولي)

فإن زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح ولا تملك توكيل غير وليها فإن فعلت لم يصح روي هذا عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وابن المبارك وعبيد الله القنبري وإسحاق وأبو عبيد، وروى عن ابن سيرين والقاسم بن محمد والحسن بن صالح وأبي يوسف لا يجوز لها ذلك بغير إذن الولي فإن فعلت كان موقوفاً على إجازته وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها وغيرها وتوكل في الانكاح لأن الله تعالى قال (ولا تملوهن أن ينكحن أزواجهن) أضاف

كل واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثة قد أقر لها بدعواه صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وإن لم يقر لواحد منهما أقرع يدها وكان لها ميراث من تقع عليه القرعة وإن كان أحدهما قد أصابها فان كان هو المقر له او كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لانه مقر لها به وهي لا تدعي سواه، وإن كانت مقرة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر لها بالمسمى او اصطلاحا فلا كلام وإن كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط فان كان المسمى أكثر فهو مقر لها بلزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها والله أعلم (فصل) وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك ثبت النكاح وتوارثا، وقال أبو الخطاب في ذلك روايتان والصحيح أنه مقبول لأنها رشيدة أقرت بعقد يلزمها حكمه فقبل اقرارها كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها فأنكر أبوها تزويجها لم يقبل انكاره لان الحق على غيره وقد أقر به وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عينهما فأقرت المرأة بذلك وأنكر الشاهدان لم بلغت الى انكارهما لان الشهادة انما يحتاج اليها مع الانكار ويحتمل أن لا يقبل اقرارها مع انكار ايها لان تزويجها اليه دونها فان ادعى نكاحها فلم تصدقه حتى ماتت لم يرثها وان مات قبلها فاعتزفت بما قال ورثته اكمل الاقرار منهما بتصديقها وكذلك لو أقرت المرأة دونه فمات قبل أن يصدقها لم ترثه، وإن ماتت فصدقها ورثها لما ذكرنا .

(مسئلة) قال (واذا تزوج العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل)

اجم أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير اذن سيده فان نكح لم ينعقد نكاحه في قولهم

النكاح اليهن ونهى عن منعهن ولانه خالص حقها وهي من أهل المباشرة فصح منها كسيم أمتها ولأنها إذا ملكت بيع أمتها وهو تصرف في ربتها وسائر منافمها ففي النكاح الذي هو عقد على بعض نفقها أولى .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح الا بولي » روته عائشة وأبو موسى وابن عباس قال المروزي سألت أحمد ويحيى عن حديث « لا نكاح الا بولي » فقالا صحيح وروي عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل فان أصابها فله المهر بما استحل من فرجها فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » رواه الامام أحمد وأبو داود وغيرهما فان قيل فان الزهري رواه وقد أنكره قال ابن جريج سألت الزهري عنه فلم يعرفه قلنا لم ينقل هذا عن ابن جريج غير ابن عليه كذلك قال الامام أحمد ويحيى ولو لم يثبت هذا لم يكن فيه حجة لانه قد نقله ثقة عنه فلو نسب الزهري لم يضره لان النسيان لم يعصم منه انسان قال النبي صلى الله عليه وسلم « نبي آدم فنسيت ذريته » ولأنها مولى عليها في النكاح فلا تليه كالصغيرة فأما (المغني والشرح الكبير) (٥٢) (الجزء السابع)

جميعاً ، وقال ابن المنذر أجمعوا على أن نكاحه باطل والصواب ما قلنا إرشاء الله فأنهم اختلفوا في صحته فمن
أحمد في ذلك روايتان أظهرهما أنه باطل وهو قول عثمان وابن عمر وبه قال شريح وهو مذهب الشافعي
وعن أحمد أنه موقوف على اجازة السيد فان أجازته جاز وان رده بطل وهو قول أصحاب الرأي لأنه
عقد يقف على الفسخ فوقف على الاجازة كالوصية

ولنا ما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر »
رواه الاثرم وابن ماجة ، وروى الحلال بإسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال : قال
رسول الله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان » قال حنبل ذكرت هذا الحديث
لأبي عبد الله قال هذا حديث منكر ورواه أيضاً عن ابن عمر موقوفاً عليه من قوله ولأنه نكاح فقد شرطه
فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود

(مسئلة) قال (فان دخل بها فعلى سيده خمس المهر كما قال عثمان رضي الله عنه الا
أن يجاوز الخمسان قيمته فلا يلزم سيده أكثر من قيمته أو يسلمه)

في هذه المسئلة خمسة فصول . (الاول) في وجوب المهر وله حالان (أحدهما) أن لا يدخل
بها فلا مهر لها لأنه عقد باطل فلا نوجب بمجرد شئنا كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة
لا نوجب بمجرد شئنا (الحال الثاني) أن يصيبها فالصحيح من المذهب أن المهر يجب رواه عنه جماعة
وروى عنه حنبل أنه لا مهر لها إذا تزوج العبد بغير إذن سيده وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون

الآية فان عضلها الامتناع من زواجها وهذا يدل على أن نكاحها الى الولي وهذا يدل على أنها نزلت
في شأن معقل بن يسار حين امتنع من التزويج فدعاه النبي ﷺ فزوجها وأضافه اليها لأنها تحل له إذا
ثبت هذا فإنه لا يجوز لها تزويج

(مسئلة) (وعن أحمد أن لها تزويج أمتها ومعتقها)

وهذا يدل على أنه يصح اعتبارها في النكاح فيخرج منه أن لها تزويج نفسها باذن وليها وغيرها
بالوكالة وهو مذهب محمد بن الحسن وينبغي أن يكون قولاً لابن سيرين ومن معه لان قول النبي صلى
الله عليه وسلم « أيما امرأة انكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل » يدل بمفهومه على صحته
بأذنه ولأنها إنما منعت الاستقلال بالنكاح لقصور عقلها فلا يؤمن انحداثها ووقوعه منها على وجه
المفسدة وهذا مأون فيما إذا أذن فيه وليها والمذهب الاول لمعوم قوله « لا نكاح الا بولي » وهذا يقدم
على دليل الخطاب والتخصيص هنا خرج مخرج الغالب فان الغالب أنها لا تزوج نفسها الا بغير اذن
وليها والملة في منعها صياتها عن مباشرة ما يشمر بوقاحتها ورعوته وميلها الى الرجال وذلك ينافي
حال أهل الصيانة والمروءة

موافقاً لرواية الجماعة ويمكن حمله على عمومته في عدم الصداق وهو قول ابن عمر ورواه الاثرم عن نافع قال كان اذا تزوج مملوك لابن عمر بغير اذنه جلده الحد وقال للمرأة انتك أبحث فرجك وأبطل صداقها ووجهه أنه وطئ امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا قال القاضي هذا اذا كانا علمين بالتحريم فالما ان جهات المرأة ذلك فلها المهر لانه لا ينقص عن وطئ الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على انه لا مهر لها في الحال بل يجب في ذمة العبد تستغنى به بدالعق وهو قول الشافعي الجديد لان هذا حق لزمه برضى من له الحق فكان محله الذمة كالدين والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه السلام «ايمامرأة نكحت نفسها بغير اذن وايها فتكاحها باطل فان أصابها فلها المهر بما استحلت من فرجها» وهذا قد استحلت فرجها فيكون مهرها عليه ولانه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجباً كسائر الانكحة الفاسدة

(الفصل الثاني) أن المهر يتعلق برقبته يباع فيه الا بفدية السيد، وقد ذكرنا احتمالاً آخر أنه يتعلق بذمة العبد والاول أظهر الا أن الوطئ أجري مجرى الجنابة الموجبة للضمان بغير اذن المولى ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجز مجراها ما وجب شيء لانه يرضى المستحق والله أعلم (الفصل الثالث) أن الواجب من المهر خمسه وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وحمل به أبو موسى، وعن احمد أنها ان علمت أنه عبد فلها خمسا المهر واذا لم تعلم فلها المهر في رقة العبد وعنه أن الواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء لانه وطئ يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكاله كالوطئ في النكاح بلا ريب وفي سائر الانكحة الفاسدة ووجه الاول ما روى الامام احمد بإسناده عن حلاس

(فصل) فان حكم بصحة هذا العقد حاكم أو كان المتولي لعقده حاكماً لم يجز نقضه وكذلك سائر الانكحة الفاسدة وخرج القاضي وجهاً في هذا خاصة أنه ينقض وهو قول الاصطخري من أصحاب الشافعي لانه خالف نصاً والاول أولى لأنها مسألة مختلف فيها ويسوغ فيها الاجتهاد فلم يجز نقض الحكم به كما لو حكم بالشفعة للجار وهذا النص متأول وفي صحته كلام وقد عارضته ظواهر

﴿مسئلة﴾ (وأحق الناس نكاح المرأة الحرة أبوها)

أما قيد المرأة بالحرة لان الامة لا ولاية لايها عليها بغير خلاف علمناه وأولى الناس بتزويجها أبوها لأنه لا ولاية لاحد معه وبهذا قال الشافعي وهو المشهور عن أبي حنيفة وقال مالك والشافعي وأبو يوسف واسحاق وابن المنذر الابن أولى وهي رواية عن أبي حنيفة لانه أولى منه بالميراث وأقوى تعصياً لانه يسقط تمصيب جده

ولنا أن الولد موهوب لايه قال الله تعالى (ووهبنا له يحيى) وقال زكريا (رب هب لي من لدنك ذرية طيبة) وقال ابراهيم (الحمد لله الذي وهب لي على الكبر اسماعيل واسحاق) وقال النبي صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لايك» واثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس ولان الاب

أن غلاما لابي موسى تزوج بمولاة تيجان التيمي بغير إذن أبي موسى فكتب في ذلك إلى عثمان فكتب اليه عثمان ان فرق بينهما وخذها الحسين من صداقها وكان صداقها خمسة ابعرة ولان المهر أحد موجبي الوطء، فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد فيه أو أحد العوضين في النكاح فينقص العبد كعدد المنكوحات (الفصل الرابع) أنه يجب خمسا المسمى لانه صار فيه الى قصة عثمان رضي الله عنه وظاهره أنه أوجب خمسي المسمى ولهذا قال وكان صداقها خمسة ابعرة ولانه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم المتلفات ولا وجب القيمة وهي الأمان دون الابعرة وبمحتمل أنه يجب خمسا مهر المثل لانه عوض عن جنابة فسكران المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنائيات وقيمة المحل مهر المثل (الفصل الخامس) أن الواجب إن كان زائداً على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء، فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لانه ارش الجنابة فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وندائه الى السيد، وهذا قد ذكرناه في غير هذا الموضع باين من هذا.

(فصل) اذا أذن السيد لعبد في تزويجه بمعيّنة، أو من بلد معين، أو من جنس معين، فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وان أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحا فاسدا فكذلك لانه غير مأذون له فيه وان أذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحا فاسدا احتمل أن يكون كذلك لان الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد، واحتمل أن يتناوله اذنه لان اللفظ باطلاقه يتناوله، وان أذن له في نكاح فاسد وحصلت الاصابة فيه فعلى سيده جميع المهر لانه باذنه والله أعلم.

أكل نظراً وأشد شفقة فوجب تقديمه في الولاية كتقديمه على الجد ولان الاب يقوم على ولده في صفه وسفه وجنونه فيليه في سائر ما تثبت الولاية عليه فيه بخلاف الابن ولذلك احتص بولاية المال وجاز له أن يشتري لها من ماله وله من مالها اذا كانت صغيرة بخلاف غيره ولان الولاية احتكام واحكام الاصل على فرعه أولى من المكس وفارق الميراث فانه لا يعتبر له النظر ولهذا يرث الصبي والجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث بخلاف ما نحن فيه

﴿مسئلة﴾ (ثم أبوه وان علا)

يعني أن الجد أبا الاب وإن علت درجته أحق بالولاية من الابن وسائر الاولياء وهو قول الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان الابن مقدم على الجد وهو قول مالك ومن وافقه لما تقدم وعن احمد رواية ثالثة ان الاخ يقدم على الجد لان الجد يدلي بابوة الاب والاخ يدلي بالبنوة والبنوة مقدمة وعنه رواية رابعة ان الاخ والجد سواء لاستوائهما في الميراث بالتعصيب واستواؤهما في القرابة يوجب استواءهما في الولاية كالاخوين ولانها عصبتان لا يسقط احدهما الآخر فاستويا

« مسألة » قال واذا تزوج الامة على أنها حرة فأصابتها وولدت منه فالولد حر وعليه ان يفديهم والمهر المسمى ويرجع به على من غره ويفرق بينهما ان لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الاماء ، وان كان ممن يجوز له أن ينكح فرضي بالمقام فاولدت بعد الرضي فهو رقيق (في هذه المسئلة فصول ستة (أحدها) أن النكاح لا يفسد بالفرور، وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي في أحد قولييه يفسد لانه عقد على حرة ولم يوجد فأشبهه ما لو قال بعتك هذا الفرس فاذا هو حار . ولنا أن المفقود عايه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدمه في صحته كما لو قال زوجتك هذه البيضاء فاذا هي سوداء ، أو هذه الحسناء فاذا هي شوهاء . وكذا يقول في الاصل الذي ذكره ان العقد الذي ذكره صحيح لان المفقود عليه العين المشار اليها وان سلمناه فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم فانت الذات فان ذات الفرس غير ذات الحار وهما مختلفا في الصفات . و (الثاني) أن اليبس يؤثر في فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أي شيء . كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه . (الفصل الثاني) ان أولاده أحرار منها بغير خلاف نعلمه لانه اعتقد حرية فمكنا أولاده أحرار لاعتقاده ما يقتضي حريةهم كما او اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائنها فبانت مفسوبة بعد أن أولدها (الفصل الثالث) أن علي الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر رضي الله عنه وعلي وابن عباس رضي الله عنهما ، وهو قول مالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وعن أحمد رواية أخرى ليس

في الولاية كالاخرين

ولنا ان الجد له ايلاد وتمصيب فيقدم عليهما كالأب ولان الابن والاخ يقادان بها والاخ يقطع بسرقة ما لها بخلاف الجد والجد لا يسقط في الميراث الا بالأب والاخ يسقط به وبالأبن وابنه، واذا ضاق المال وفي المسئلة جد واخ سقط الاخ وحده فوجب تقديمه عليهما كالأب وكتقدمه على العم وسائر العصبات اذا ثبت هذا فالجد وان علا اولى من جميع العصبات غير الأب واولى الاجداد اقربهم كالجد مع الأب

﴿ مسألة ﴾ (ثم ابنتها ثم ابنه وإن سفل متى عدم الأب وأبؤه)

واولى الناس بتزويج المرأة ابنتها ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته الاقرب فالاقرب منهم وبه قال اصحاب الرأي وقال الشافعي لا ولاية للابن إلا ان يكون ابن عم او مولى أو حاكفيلي بذلك لا بالبنوة لانه ليس بمناسب لها ولا يلي نكاحها لحالها ولان طبعه ينفر من تزويجها فلا ينظر لها ولنا ما روت ام سلمة انها لما انقضت عدتها ارسل اليها رسول الله ﷺ بخطبها فقالت يا رسول الله ليس احد من أوليائي شاهدأ قال « ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره » ذلك فقالت قم يا عمر فزوج

عليه فداؤهم لان الولد يتعقد حر الاصل فلم يضمنه لسيد الامة لانه لم يعلمه وعنه أنه يقال له ائد أولادك والا فهم يتبعون أمهم فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقا لانهم رقيق بحكم الاصل فلم يلزمه فداؤهم كما لو وطئها وهو يعلم رقتها . وقال الخلال اتفق عن أبي عبد الله أنه يئدي ولده وقال اسحاق عنه في موضع إن الولد له وليس عليه أن يئديهم وأحسبه قولاً أول لابي عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم لفضاء الصحابة به ولانه نماء الامة المملوكة فسييله أن يكون مملوكا لمالكها وقد فوت رقه باعتقاد الحرية فلزمه ضمانهم كما لو فوق رقتهم بئله وفي فدائهم ثلاث مسائل

(الاولى) في وقته وذلك حين وضع الولد ، قضى بذلك عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول الشافعي وقال أبو ثور والثوري وأصحاب الرأي يضمنهم بقيمتهم يرم الخصومة لانه انما يضمنهم بالمع ولم يضمنهم الا حال الخصومة

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمنه لانه ذلت رقه من حيث ذلك ولان القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لما ملك الامة فلم يضمنها كما بعد الخصومة فان قيل فقد كان محكوما بحريته وهو حين قلنا إلا أنه لم يمكن تضمينه حيثئذ لعدم قيمته والاطلاع عليه فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه وهو حال الوضع

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء ر فيها ثلاث روايات احدها من بقيمتهم وهو قول أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ من أعتق شقة من عبد قوم عليه نصيب شريكه ولان الحيوان من المنقومات لامن ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيمته كولو أتلفه

فزوج رسول الله ﷺ فزوجه رواه النسائي قال الاثرم قلت لأبي عبد الله فحدث عمر بن أبي سلمة حين زوج النبي ﷺ أم سلمة اليس كان صغيراً ؟ قال ومن يقول كان صغيراً ليس فيه بيان عدل من عضلتها فيثبت له ولاية تزويجها كأخيها وقولهم ليس بمناسب لها ممنوع وان سلم فهو يبطل بالحكم والمولى قولهم ان طبعه ينفر من تزويجها قلنا هذا معارض في الفرع ليس له أصل ثم يبطل بما اذا كان ابن عم أو مولى أو حاكماً اذا ثبت هذا فانه يقدم على الاخ ومن بعده بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته لانه أقوى منه تعصياً وقد استويا في عدم الالاد

﴿ مسألة ﴾ (ثم أخوها لايها)

لاخلاف في تقديم الاخ بعد عمودي النسب لكونه أقرب العصبات بعدهم فان ابن الاب أقوام تعصياً واحقهم بالميراث واختلفت الرواية عن أحمد في الاخ للاب اذا اجتمعا فغنه انها سواء اختارها الحنفي وبه قال أبو ثور والشافعي في القديم لانها استويا في الادلاء بالجهة التي تستفاد بها العصبوبة وهي جهة الاب فاستويا في الولاية كما لو كانا من أب وإنما رجح في الميراث جهة الام ولا مدخل لها في الولاية لم يرجح بها كالمعين أحدهما خال وابني عم أحدهما أخ من أم (والرواية الثانية) الاخ من

(والثانية) بعضهم بمثلهم عبيدا ذكر بذكر والاشئ بأشئ لما روى سعيد بن المسيب قال أبت جارية لرجل من العرب وانتمت إلى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها فاختصموا إلى عمر رضي الله عنه ففضى للمعدي بفداء ولده بفرقة غرة مكن كل غلام ومكان كل جارية بمجارية وكان عمر يقوم الفرقة على أهل القرى ومن لم يجد غرة سنتين ديناراً ولان ولد المفرور حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات تقريباً لان الحيوان ليس من ذوات الاشكال ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة وهو قول أبي بكر

(الثالثة) هو مخبرين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني إما القيمة أو رأس برأس لانها جميعاً يرويان عن عمر ولكن لا أدري أي الاسنادين أقوى وهذا اختيار أبي بكر وقال في المقنع الغدية غرة بفرقة بقدر القيمة أو القيمة وأياها أعطى أجزاء وجهه ذلك أنه ترددين الجنين الذي يضمن بفرقة وبين الحاقه بغيره من المضمونات فاقتضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر وإذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع إلى القياس

(المسئلة الثالثة) فيمن يضمن منهم وهو من ولد حيا لوقت يعيش لئلا سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لا ضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا مبنى على وقت الضمان وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش في مثله وهو دون ستة أشهر فلا ضمان لانه لا قيمة له :

الابوين أولى اختارها أبو بكر وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وهو الصحيح لإنشاء الله تعالى لانه حق يستفاد بالتعصيب فيقدم فيه الاخ من الابوين كالميراث وكاستحقاق الميراث بالولاء فانه لا مدخل للنساء فيه وقد قدم الاخ للابوين فيه وهذا يبطل ما ذكر في الرواية الاولى وهكذا الخلاف في بني الاخوة والاعمام وبنينهم واما إذا كان ابنا عم لاب أحدهما أخ لام فها سواء لانها استويان في التعصيب والارث به وقال القاضي فيها من الخلاف مثل ما في ابن عم من الابوين وابن عم من أب لانه يرجع من جهة أمه وليس كذلك لان جهة أمه يرث بها منفردة وما ورث بها منفرداً لم يرجع به وكذلك لم يرجع به في الميراث بالولاء ولا في غيره فعلى هذا إذا اجتمع ابن عم من أبوين وابن عم من أب هو أخ من أم فالولاية لابن العم من الابوين عند من يرى تقديم ولد الابوين

(مسئلة) وعنه تقديم الابن على الجد والتسوية بين الجد والاخوة وبين الاخ للابوين والاخ للاب وقد ذكرناه)

(مسئلة) ثم بنوا الاخوة ولم ينفصلوا ثم العم ثم ابنه ثم الاقرب فالاقرب من العصبات على ترتيب الميراث)

(الفصل الرابع) في المهر ولا يخلو أن يكون ممن يجوز له نكاح الاماء أولاً فان كان ممن يجوز له نكاح الاماء وقد نكحها نكاحاً صحيحاً فلها المسمى وان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ تعذر من جهتها فهي كالعقوبة يفسخ نكاحها وان كان ممن لا يجوز له نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين ذكرناهما فيما مضى وكذلك ان كان ممن يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير إذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الخامس) أنه يرجع بما غرمه على من غره في المهر وقيمة الاولاد وهذا اختاره الحنفى ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافى في القديم والرواية الاخرى لا يرجع بالمهر وهو اختيار أبي بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافى في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نعم وصل اليه وهو الوطء فلم يرجع به كالأشترى مضمواً فأكله بخلاف قيمة الولد فانها لم تحصل في مقابلة عوض لانها وجبت بحرية الولد وحرية الولد لا ولد لا ييه قال القاضي والمذهب أنه يرجع بالمهر لان أحمد قال كنت أذهب إلى حديث علي ثم كأنني هبته وكأنني أمبل إلى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الرطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلي هذا الاصل يرجع بأجرة الخدمة اذا غرمها كما يرجع بالمهر ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا وقال اذا ثبت هذا فان كان الغرور من السيد قتال هي حرة عنت وإن كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في أن يجب له ما يرجع به عليه ، وإن كان

وجملة ذلك أن الولاية بعد الاخوة تترتب على ترتيب الميراث بالتعصيب فأحقهم بالميراث أحقهم بالولاية فبعد الاخوة بنوم وان سفلوا ثم بنوا الجدة وهم أعمام الاب ثم بنوم وان سفلوا ثم بنو جد الجد ثم بنوم وعلى هذا لا يلي بنو أب أعلي من بنى أب أقرب منه وان نزلت درجاتهم وأولى ولد كل أب أقربهم اليه لان مبنى الولاية على النظر والشفقة وذلك معتبر بمظنته وهي القرابة فأقربهم شفقتهم ولا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم

(فصل) ولا ولاية لغير المصبات من الاقارب كالاخ من الام والخال وعم الام وأبي الام ونجوم نص عليه الامام أحمد في مواضع وهو قول الشافى وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة والثانية ان كل من يرث بفرض أو تعصيب يلى لانه يرثها فوليتها كمصبتها

ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه انه اذا بلغ النساء نص الحقائق فالعصبة أولى يعني إذا أدركن واه أبو عبيد في القريب ولانه ليس من عصباتها اشبه الاجني

(مسئلة) (ثم المولى المتعم ثم عصباته من بعدهم الاقرب فالأقرب)

ثم السلطان اذا لم يكن للمرأة عصبية من نسبها فوليتها موليتها يزوجها ولا نعلم خلافاً في ان العصبية

الغرور من وكيله رجع عليه في الحال ، وإن كان من أجنبي رجع عليه أيضاً ، وإن كان منها فليس لها في الحال مال فيتخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير إذن سيده هل يتعلق برقبته أو بذمته . يتبع به بعد العتق ؟ قال القاضي قياس قول الحرقي أنه يتعلق بذمتها لانه قال في الامة اذا خالعت زوجها بغير إذن سيدها يتبعها ؛ اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه

وظاهر كلام أحمد أن الغرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فوات أمرها رجلا فزوجها من رجل ثم ظهر عليها مولاهما قال فكذلك ولده على الاب لانه لم يفره أحد ، وأما اذا غره رجل فزوجها على أنها حرة فالنفاذ على من غره . يروى هذا عن علي و ابراهيم ومحمد وكذلك قال الشعبي ، وإن قلنا يتعلق برقبتهما فالسيد مخير بين فداها بقيمتها إن كانت أقل مما يرجع به عليها أو يسلمها فإن اختار فداها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في أن نوجبه عليه ثم نرده اليه ، وإن اختار تسليمها سلمها وأخذ ماوجب له وذكر القاضي أن الغرور الموجب للرجوع أن يكون اشتراط الحرية مقارناً للعتق فيقول زوجها على أنها حرة فان لم تكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا قال لان الصحابة الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الغرور ولم يستفصلوا والظاهر أن العتق لم يقع هكذا ولم تجر العادة به في العتق فلا يجوز حمل قضائهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الغرور قد يكون من المرأة ولا لفظ لها في العتق ولانه متى أخبره بحريتها أو أوعده ذلك بقرائن تغلب على ظنه حريتها فنكحها على ذلك ورغب فيها بناء عليه وأصدقها صداق الحرائر ثم لزمه الغرم فقد استضر بناء على قول المخبر له وانما تجب إزالة الضرر

المناسبة أولى منه وذلك لانه عصبه مولاته يرثها ويعقل عنها عند عدم عصباتها فكذلك يزوجهما وقدم عليه المناسبون كما قدموا عليه في الارث والعقل فان عدم المولى أو لم يكن من أهل الولاية كالمرأة والطفل والكافر فعصباته الاقرب منهم فالاقرب على ترتيب الميراث ثم مولى المولى ثم عصباته من بعده كالميراث سواء فان اجتمع ابن المعتق وأبوه فالابن أولى لانه أحق بالميراث وأقوى بالتعصيب وإنما قدم الاب المناسب على الابن المناسب لزيادة شفقتة وفضيلة ولادته وهذا معدوم في أب المعتق فيرجع فيه الى الاصل ثم السلطان لانهم خلافاً بين أهل العلم في أن للسلطان ولاية تزويج المرأة عند عدم أوليائها أو عضايمهم وبه يقول مالك والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي والاصل فيه قول النبي ﷺ « فالسلطان ولي من لا ولي له » وروى أبو داود بإسناده عن أم حبيبة ان النجاشي زوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت عنده ولان للسلطان ولاية عامة بدليل انه يلي المال ويحفظ الضوال فكانت له الولاية في التسكاح كالأب

(فصل) والسلطان ههنا هو الامام أو الحاكم أو من فوضا اليه ذلك واختافت الرواية عن أحمد في

عنه باثبات الرجوع على من غره وأضر به فعلى هذا إن كان الغرور من اثنين أو أكثر فالرجوع على جميعهم وإن كان الغرور منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه والله أعلم

(الفصل السادس) ان الزوج ان كان ممن يحرم عليه نكاح الاماء وهو ممن يجسد الطول أو لا يخشى العنت فانه يفرق بينهما لانتنا بينا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها أو اختل شرط من شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينهما والحكم في الرجوع على ما ذكرنا ، وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء وكانت شرائط النكاح مجتمعة فاعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا معنى قول الحنفي رضي بالمقام معاً وهذا الظاهر من مذهب الشافعي وقال ابو حنيفة لا خيار له لان الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة لانه بملك الطلاق

ولما انه قد عرفه أحد الزوجين بحرية الآخر فثبت له الخيار كالاخر فان الكفاءة وإن لم تعتبر فان عليه ضرراً في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة ، فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فانه سقط نصف المسمى والفسخ يسقط جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لانه يحل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لان المانع من رقيم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ، ولو وطئها قبل علمه فعلقته منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لانه وطئها باعتقاد حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وأم الولد والمعنة بصفة كالأمة القن لانها ناقصة بالرق إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كانه عبد له حكم أمه وكذلك من أعنتى بعضها إلا أنه اذا فدى الولد لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق لان قيمته حر بحرية أمه لا باعتقاد الوطى فان كانت مكاتبه فكذلك إلا أن

والي البلد فقال في موضع يزوج والي البلد وقال في الرستاق يكون فيه الوالي وليس فيه قاض قال يزوج اذا احتاط لها في المهر والكف أرجو أن لا يكون به بأس لانه ذو سلطان فيدخل في عموم الحديث وقال في موضع آخر في المرأة اذا لم يكن لها ولي فالسلطان المسلط على القاضي يقضي في الفروج والحدود والرجم وصاحب الشرطة انما هو مسلط في الادب والحناية وقال مال للوالي وذا انما هو الى القاضي وتأول القاضي الرواية الاولى على أن الوالي أذن له في التزويج ويحتمل أنه جعل له ذلك إذا لم يكن في موضع ولايته قاض فكأنه قد فوض اليه النظر فيما يحتاج اليه في ولايته وهذا منها (فصل) إذا استولى أهل البني على بلد جرى حكم سلطانهم رقاضهم في ذلك مجرى الامام وقاضيه

لانه أجري مجراه في قبض الصدقات في الجزية والحراج فكذلك في هذا

(فصل) واختلفت الرواية في المرأة تسلم على يد رجل فقال في موضع لا يكون وليا لها ولا يزوج حتى يأتي السلطان لانه ليس من عصبتها ولا يعقل عنها ولا يرثها فأشبهه الاجنبي وقال في رواية حرب في امرأة أسلمت على يد رجل يزوجها هو وهو قول اسحاق وروي عن ابن سيرين أنه

مهرها لها لانه من كسيها وكسيها لها ونجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة ، قال ابو بكر ويكون ذلك لها تستمين به في كتابتها ، فان كان الغرور منها فلا شيء لها إذ لا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها وإن كان الغرور من غيرها غرمه لها ويرجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى فان قام بذلك بينة ثبت ، وان أقرت أنها أمة فقال احمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها بإقرارها وذلك لان إقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقا على غيرها فلم يقبل كإقرارها بمال على غيرها ، وقال في رواية حنبل لا شيء له حتى يثبت أو تقرر هي أنها أمة فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها لانها مقرة على نفسها بالرق أشبه غير الزوجة والاول أولى ولا سلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية لانها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) اذا حملت المغرور بها فضرب بطنها ضارب فألقت جنينا ميتا فعلى الضارب غرة لان هذا الجنين محكوم بحريته وبرئها ورثته من كانوا ، وعلى الضارب كفارة القتل وإن كان الضارب أباه لم يرثه وورثه أقاربه ولا يجب بذل هذا الولد لاسيد لانه أتما يستحق بذل حي وهذا ميت ، ويحتمل أن يجب له عشر قيمة أمه لان الواطي فوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب له ذلك

(فصل) اذا تزوجت المرأة عبداً على أنه حر فالنكاح صحيح وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا اذا كانت شروط النكاح وكان ذلك باذن سيده ، وإن كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة أو ان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح والمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت امضاء فلا ولياؤها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة ، وان كانت أمة فينبغي أن يكون لها الخيار أيضاً لانه لما ثبت

لا يفعل ذلك حتى يأتي السلطان وعن الحسن أنه كان لا يرى بأسا في أن يزوجها نفسه وذلك لما روى أبو داود بإسناده عن تميم الداري أنه قال يا رسول الله ما السنة في الرجل يسلم على يد الرجل من المسلمين؟ قال «هو أولى الناس بمحياء ومماته» الآن هذا الحديث ضعفه احمد وقال رواية ابن عبد العزيز يعني ابن عمر بن عبد العزيز وليس هو من اهل الحفظ والافتقان .

(فصل) وإن لم يوجد للمرأة ولي ولا ذو سلطان نعم أحمد ما يدل على أنه يزوجها رجل عدل باذنها فانه قال في دهقان قرينة بزواج من لا ولي لها إذا احتاط لها في الكف والمهر إذا لم يكن في الرستاق قاض قال ابن عقيل أحد قوم من اصحابنا من هذه الرواية إن النكاح لا يقف على ولي قال وقال القاضي نصوص أحمد تنم من ذلك قال شيخنا والصحيح أن هذا من القول حال عدم الولي والسلطان لانه شرط أن لا يكون في الرستاق قاض ، وجهه أن اشتراط الولي ههنا يمنع النكاح بالكنية فلم يحز كاشتراط المناسب في حق من لا مناسب لها وروي عنه أنه لا يجوز النكاح الا بولي لعموم الاخبار فيه

الخيار لعبد إذا غر من أمة ثبتت للامة إذا غرت بعبد وكل موضع حكنا بفساد العقد ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وإن كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف، وكل موضع فسخ النكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها، وإن كان بعده فلها المسمى لأنه فسخ طراً على نكاح فأشبهه الطلاق

(فصل) فإن غرها بنسب فإن دونه وكان ذلك مخلاً بالكفاءة وقتلنا بصحة النكاح فلها الخيار فإن اختارت الامضاء فلا ولياؤها الاعتراض عليها وإن لم يخل بالكفاءة فلا خيار لها لأن ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطه فقيهاً فإن بخلافه وكذلك إن شرطت غير الذب فإن كان مما يعتبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير مكافي لها في الذب، وإن لم يعتبر في الكفاءة كاللقه والجمال وأشبه ذلك فلا خيار لها لأن ذلك مما لا يعتبر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه، وذكر فيها إذا بان نسبه دون ما ذكر وجهه في ثبوت الخيار لها إن لم يخل بالكفاءة والاولى ما ذكرناه والله أعلم

(مسئلة) قال (وإذا كان المغرور عبداً فولده أحرار ويفديهم إذا عتق ويرجع به على من غره)

وجملة ذلك أن المغرور إذا كان عبداً فولده أحرار، وقال أبو حنيفة يكون رقيقاً لأن أبا به رقيق وليس ذلك بصحيح فإنه وطئها معتقداً حرينها فكأن ولده حراً كولد الحر فإن هذا هو العلة المقتضية

(مسئلة) (وولي الامة سيدها إذا كان من اهل ولاية الزوج) لا نعلم فيه خلافاً لأنه مالها وله التصرف في رقبته بالبيع ففي الزوج أولى ولا يزوجه الا باذنها (مسئلة) (فإن كانت لامرأة فولها ولي سيدها وقد ذكرنا ذلك)

اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يزوج أمة المرأة فروي عنه أنه يلي نكاحها ولي سيدها قال القاضي هذا هو الصحيح اختاره الحنفي وهو مذهب الشافعي لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها فامتدت في حقها لقصورها ثبتت لاوليائها كولاية نفسها ولأنهم يلونها لوعتقت ففي حال رقبها أولى فإن كانت سيدها رشيدة لم يحجز تزويج أمتها الا باذنها لأنها مالها ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه وبغير نطقها بذلك وإن كانت بكراً لأن صلتها إنما اكتنفت به في تزويج نفسها لحياتها ولا تستحي من تزويج غيرها وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفية ولوليها ولاية على مالها فله تزويج أمتها إن كان الحظ في تزويجها والا لم يملك تزويجها وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير وقال بعض الشافعية ليس له تزويجها بحال لأن فيه الحظ لأن الكلام فيه فجاز كسائر التصرفات الجائرة وأعمال الحظر مرجوح بما فيه من تحصيل مهرها وولدها وكفاية مؤنتها وصياتها عن الزنا الموجب للحد في حقها ونقص قيمتها

للحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً فان علة رق الولد رق الام خاصة ولا عبدة بحال الاب بدليل ولد الحر من الامة وولد الحر من العبد وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقهم باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان

[أحدهما] يتعلق برقبته بمنزلة جنائته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق بمنزلة عوض الخلع من الامة إذا بذاته بغير إذن سيدها ويفارق الاستدانة والجناية لانه إذا استدان أتلف مال الغريم فكان جنابة منه وههنا لم يكن في الاولاد جناية وإنما عتقوا من طريق الحكم وما حصل له منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يفرمه فانه لا ينبغي أن يجب له بذل ما لم يفت عليه . وأما الحرية فتعجل في الحال، وإن قلنا ان النداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت له بعد الخيار إذا علم كما ثبت لحر لمن يحمل له نكاح الامة لان عليه ضرراً في رقبته ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تثبت معه ابلاً ونهاراً ولم يرض به . ويحتمل أن لا يثبت له خيار لانه فقد صفة لا ينقص بها عن رتبته فأشبهه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لانها مساوية لنسبه بخلاف تقرير الحر

وقال بعض الشافعية لا خيار له قولاً واحداً . وقال بعضهم فيه قولان والاولى ما ذكرناه . وإذا اختار الإقامة فالهر واجب لا يرجع به على أحد ، وإن اختار الفسخ قبل الدخول فلامهر وإن كان بعده والنكاح باذن سيده فالهر واجب عليه وفي الرجوع بخلاف ذكرناه فيما مضى وإن كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فإن دخل بها ففي قدر ما يجب عليه وجهان [أحدهما] مهر المثل (والثاني) الحسن ، وهل يرجع به ؟ على وجهين

(فصل) فإن شرط انها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار لانه نقص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبهه مالو شرطها حرة فبانت أمة

والمرجوح كالمعدوم فإن كان وليها في مالها غير ولي تزويجها فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي الزويج لانه المتصرف في المال وهي مال وروي عن احمد رواية ثانية أن للمرأة أن تولي أمر أمتها رجلاً لتزويجها نقلها عن احمد جماعة لان سبب الولاية الملك وقد تحقق في المرأة وامتنعت المباشرة لنقص الانوثة فلذلك التوكيل كالرجل والمريض والغائب ونقل عن أحمد كلام يحتمل رواية ثالثة وهو أن سيدها يزوجه فانه قيل له تزوج أمتها؟ قال قد قيل ذلك هي مالها وهذا يحتمل أنه ذهب اليه وهو قول ابي حنيفة لانها تملكها ولايتها تامة عليها فلذلك تزويجها كالسيد ولانها تملك بيعها وأجارتها فلذلك تزويجها كسيدها ولان الولاية انما تثبت على المرأة لتحصيل الكفاءة صيانة لحظ الاولياء في تحصيلها فلا تثبت عليها الولاية في أمتها لعدم اعتبار الكفاءة وعدم الحق للاولياء فيها ويحتمل أن أحمد قال هذا حكاية لمذهب غيره فانه قال في سياقها أحب الي أن تأمر زوجها لان النساء لا يعقدن وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تنكح المرأة المرأة » وقالت عائشة

(فصل) فان شرطها بكرا فبانت ثيبا فعن أحد كلام يحتمل أمرين (أحدهما) لا خيار له لان النكاح لا يرد فيه بعيب سوى ثمانية عيوب فلا يرد منه بخالفة الشرط (والثاني) له الخيار لانه شرط صفة مقصودة فبان خلافها فيثبت له الخيار كما لو شرط الحرية وعلى هذا لو شرطها ذات نسب فبانت دونه أو شرطها بيضاء فبانت سوداء أو شرطها طويلة فبانت قصيرة أو حسنا فبانت شوها خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي

وقال أبو ثور: القياس ان له الرد ان كان فيه اختلاف وان كان اجماعا فالاجماع أولى من النظر قال ابن المنذر لا أعلم أحدا وافق أبا ثور على مقالة، ومن أزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأي. وروى الزهري أن رجلا تزوج امرأة فلم يجد لها عذراء كانت الحية خرق عذرتها فأرسلت اليه عائشة ان الحية تذهب العذرة يقينا. وعن الحسن والشعبي وإبراهيم في الرجل اذا لم يجد امرأة عذراء ليس عليه شيء العذرة تذهبها الوثبة وكثرة الحيض والتعبش والحمل الثقيل والله أعلم

(فصل) واذا تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة أو تزوجت عبدا تظنه حرا فلهم الخيار كما لو شرط ذلك نص عليه أحد في امرأة تزوجت عبدا تظنه حرا فلها الخيار، وقال الشافعي في الامة لا خيار له وفي الكافرة له الخيار، وقال بعضهم فيهما جميعا قولان ولنا أن بعض الرق أعظم ضررا فانه يؤثر في رقبته ولده وينعم كل استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة (فصل) وان شرطها أمة فبانت حرة أو ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينية فبانت خيرا من شرطه أو كافرة فبانت مسلمة فلا خيار له في ذلك لانه زيادة، وقال أبو بكر له الخيار إذا بانته ماله لانه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات والاول أولى

زوجوا فان النساء لا يزوجن واعقدوا فان النساء لا يعقدن ولان المرأة لا تملك تزويج نفسها فغيرها أولى.

(فصل) وبزواج عتيقتها من بزواج أمتها ذكره الحرق وفيها روايتان (أحدهما) لمولاتها أن توكل رجلا في تزويجها لانها عصبتها وترتها فاشبهت المعتق (والثانية) يزوجه ولي سيدتها وهي أصح لان هذه ولاية لنكاح المرأة ليست من أهل ذلك فيكون الى عصبتها لانهم الذين يعقلون عنها ويرثونها بالتعصيب عند عدم سيدتها فكانوا أولياءها كما لو تمذر على المعتق تزويج عتيقته، وقد ذكرنا أنه اذا انقرض العصبة من النسب ولي المولى المعتق ثم عصباته الاقرب فالاقرب كذا ههنا الا ان الظاهر من كلام الحرق ههنا تقديم أبي المعتقة على ابنها لانه أولى بتزويجها وقد يزوج معتقتها من بزواج أمتها ويزوج أمتها من يزوجه، وقد ذكرنا ان ابن المعتقة أولى بتزويج عتيقتها من أبيها وبعتبر في ولايتها شرطان (أحدهما) عدم العصبة من النسب لان المناسب أقرب من المعتق وأولى منه (الثاني) اذن المروجة

(فصل) وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه وان فسخ بعده وكان التفريغ ممن له المهر فلا شيء عليه أيضا ، وان كان من غيره فعليه المهر بدفعه ثم يرجع به على الغار فان كان التفريغ من أوليائها رجع عليهم وان علم بعضهم احتمال أن يرجع عليه وحده لانه الغار واحتمل أن يرجع على جميعهم لان حقوق الآدميين في العمد والسهو سواء .

(مسئلة) قال (واذا قال قد جملت عتق أمتي صداقها بحضرة شاهدين فقد ثبت العتق والنكاح واذا قال أشهد أني قد أعتقتها وجعلت عتقها صداقها كان العتق والنكاح أيضا ثابتين سواء تقدم القول العتق أو تأخر اذا لم يكن بينهما فصل فان طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها ، في هذه المسئلة خمس فصول .

(الاول) أن ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن والحسن والزهرى واسحاق وقال الاوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المرذوي عن أحمد إذا أعتق أمة وجعل عتقها صداقها يوكل رجلا يزوجه وظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح وقال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم إركانها كما لو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينهما ولان العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحق الملك فلا يجوز أن يستبيح الرطه بالمسمى فانه لو قال بعتك هذه الامة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح

ولنا ما روي أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقتها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة ما أصدقتها قال قال نفسها عتقها وروي الاثرم بإسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي وبإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول اذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك ومتى ثبت العتق صداقا ثبت النكاح لان الصداق لا يتقدم

لأنها حرة وليست له ولاية اجبار فانه أبعد العصابات ولا يعتبر اذن مولاتها لانه لا ولاية لها ولا ملك قاشبت القريب الطفل اذا زوج البعيد

(فصل) فان كان للامة مولى فهو وليها وان كان لها موليان اشتركا في الولاية وليس لواحد منهما الاستقلال بها بغير اذن صاحبه لانه لا يملك الا بعضها وان اشتجرا لم يكن للسلطان ولاية لان تزويجها تصرف في المال بخلاف الحرة فان نكاحها حق لها ونقعه عائد اليها ونكاح الامة حق لسيدها نقعه عائد اليه فلم ينب السلطان عنه فيه فان أعتقها ولها عصبة مناسب فهو أولى منها وان لم يكن لها عصبة وليها ولا يستقل أحدهما بالتزويج لان ولايته على بعضها فان اشتجرا أقام الحاكم مقام الممتنع منها لأنها صارت حرة وصار نكاحها حقا لها وان كان المعتق أو المعتقة واحدا وله عصبتان كالابن والاختوين

النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يحز فذل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه امتأنف عقدا ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جاز له تزويج امرأة لغيره من غير قرابة جاز له أن يزوجه كالامام وقولم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم التأثير فإنه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه ان لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صدقا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو ولها وكما لو قال الخاطب لولي أزوجت ؟ فقال نعم وقال الزوج أقبات ؟ قال نعم عند أصحابنا وكما لو أتى بالكنائيات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(الفصل الثاني) أن النكاح انعقد بقوله أعنتك وجعلت صدقتك وتزوجتك ، وبذلك خاليا عن قوله : وتزوجتك وهذا لفظ الحرق وهو الذي جاء في حديث أنس ، وبقوله جعلت عتقك صدقتك وجعلت صدقتك عتقك وهذا معنى قول الحرق سواء تقدم العتق أو تأخر ونص أحمد على هذا في رواية صالح إذا قال جعلت عتقك صدقتك أو صدقتك عتقك كل ذلك جائز (الفصل الثالث) أن لا يكون بينهما فصل ولو قال أعنتك وسكت سكونا يمكنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجنبي ثم قل جعلت عتقك صدقتك لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فيحتاج إلى تزويجها برضاها بصدائق جديد

(الفصل الرابع) أنه لا بد من شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص عليه أحمد في رواية الجماعة وذلك لقوله « لا نكاح الا بولي وشاهدين »

(الفصل الخامس) أنه اذا طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لان الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل الى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم وقال الاوزاعي يرجع بربع قيمتها ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع النصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعناق لأنها حالة الانلاف فان لم تكن قادرة على نصف القيمة فهل تستسعى فيها أو تسكون ديننا ننظر به الى حال القدرة ؟ على روايتين وإن قلنا إن النكاح لا انعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لانه أزال ملكه بهوض لم يـلم له فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك ان قلنا إن النكاح انعقد به فارتدت قبل

فلاحدما الاستقلال بزويجها كما يملك تزويج سيدها .

(مسألة) (ويشترط في الولي الحرية والذكورية واتفاق الدين والعقل)

وجملته أنه يستبر ثبوت الولاية ستة شروط العقل والحرية والاسلام اذا كانت المرأة مسلمة والذكورية والبلوغ ، والعدالة على اختلاف تذكره فاما العقل فهو شرط بغير خلاف لان الولاية إنما ثبتت نظراً للولي عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه فغيره أولى وسواء في هذا من لا عقل له لصغره أو من ذهب عقله مجنون أو كبير كالشيخ اذا أقند قال

الدخول أو فعلت ما يفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

(فصل) وإن قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك صداقك قبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها لانه - مات في نكاح فلم يلزمها كمالو كان أسلف حرة ألقا على أن يتزوجها ولانها أسقطت حقتها من الخيار قبل وجود سببه فلم يسقط كالشافعي يسقط شفيعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أو ما إليه أحد في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لانه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول، ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لعبد أعتقتك على أن تعطيني ألبا وهذا قول مالك وزفر لان هذا ليس بلفظ شرط فأشبهه مالو قال أعتقتك وزوجيني نفسك وتعتبر القيمة حالة العتق وبطلانها بهائي الحال إن كانت قادرة عليها ، وإن كانت معسرة فهل تنظر الى الميسرة أو تجبر على الكسب ؟ على روايتين أصلاهما في المفسس هل يجبر على الكسب ؟ على روايتين

(فصل) وإن اتفق السيد وأمه على أن يعتقها وزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقا لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

القاضي والشيخ الذي قد كبر فلا يعرف موضع الخط لها لا ولاية له ، فالأغلاء فلا يزيل الولاية لانه يزول عن قريب فهو كالنوم ، وكذلك لا تثبت الولاية عليه ويجوز على الانبياء ومن كان يحن في الاحيان لم تزل ولايته لانه لا يدوم زوال عقله فهو كالأغماء .

(الشرط الثاني) الحرية فلا ولاية لعبد في قول جماعة أهل العلم فان العبد لا ولاية له على نفسه فعلى غيره أولى ، وقال أصحاب الرأي يجوز ان يزوجه العبد باذنها بناء منهم على أن المرأة تزوج نفسها وقد مضى الكلام في هذه المسئلة .

(الشرط الثالث) الاسلام فلا يثبت للكافر ولاية على مسلمة ، وهو قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وفيه وجه ان الكافر يزوج أم ولده المسلمة وسوف نذكره ان شاء الله تعالى ، قال أحمد بلغنا ان عليا أجاز نكاح أخ ورد نكاح الاب وكان نصرانيا

(الشرط الرابع) الذكورية وهو شرط للولاية في قول الجميع لانه يعتبر فيها الكمال والمرأة نافصة قاصرة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها فلا لا يثبت لها ولاية على غيرها أولى ، وعن أحمد أنها تلي نكاح أمتها ومعتقتها وقد ذكرناه .

ولنا أن العتق صلاح صداقا في حق النبي ﷺ فيجوز في حق أمته كالدرهم ولأنه بصلاح عوضا في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلأن يكون عوضا في النكاح أولى فإن النكاح لا يقصد فيه العوض وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله . إذا ثبت هذا فإن العتق بصير صداقا كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها إذا لم تجبر على تزويج نفسها لم يجبر هو على قبولها، وحكم المدبرة والعتقة بهمة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ما ذكرناه

(فصل) فإن أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها عتق ولا شيء . عليه لأن النكاح يحصل به الملك للزوج وليس بمملوك به فإذا اشترطت عليه أثبات الملك له لم يلزمه ذلك كما لو اشترطت عليه أن تملك داراً ، ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر لأن الشرط لها فلا يوجب عليها كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها ، وكره أنس تزويج من أعتقها لله تعالى قال الأثرم قالت لابي عبد الله روى شعبة عن قتادة عن أنس أنه كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها فقال نعم قال إذا أعتقها لله كره أن يرجع في شيء منها ولنا ما روى أبو موسى قال : قال رسول الله ﷺ « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن إليها

(الشرط الخامس) البلوغ وهو شرط في ظاهر المذهب قال أحمد لا يزوج الغلام حتى يحتلم ليس له أمر هذا قول الثوري والشافعي وإسحاق وابن المنذر وأبو ثور وروى عن أحمد أنه إذا بلغ عشرة أزواج وتزوج وطلق وأجرت وكأنه في الطلاق ويحتمله كلام الحنفي لتخصيصه المسلوب الولاية بكونه طفلا، ووجه ذلك أنه يصبح بيعة وطلاقة ووصيته تثبت له الولاية كالبالغ ، والاول اختيار أبي بكر وهو الصحيح لأن الولاية يعتبر لها كمال الحال لأنها تفيد التصرف في حق غيره واعتبرت نظرا له والعبي مولى عليه لقصوره فلا تثبت له الولاية كالمرأة والاصول المقيس عليها ممنوعة .

(السادس) العدالة وفي كونها شرطا روايتان (أحدهما) هي شرط قال أحمد إذا كان القاضي مثل ابن الخليل وابن الجعد استقبل النكاح ، فظاهر هذا أنه أفسد النكاح لا تنفاه عدالة المتولي له وهذا قول الشافعي لما روى عن ابن عباس أنه قال لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد . قال أحمد أصبح شيء في هذا قول ابن عباس يعني وقد روى ابن عباس قال قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وإما امرأة إنكحها وولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » وروى البرقاني بإسناده عن جابر قال قال رسول الله ﷺ « لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل » ولأنها ولاية نظر فلا يستبد بها القاضي كولاية المال

ثم أعنتها وتزوجها فذلك له أجران ، متفق عليه ، ولأنه إذا تزوجها فقد أحسن اليها بأعفافها وصيانتها فلم يكره كما لو تزوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل الله فانه إنما يتزوجها بصدقتها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً .

(فصل) وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها لم يحتاج إلى أن استبراء . سواء كان بطؤها أو لم يكن لان الاستبراء اخصية الماء . ولا يمان ذلك عنه فان اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها لم يحل له أن يتزوجها ولا يزوجها حتى يستبرئها لانه كان واجباً فلا يسقط باعتاقه لها ، قال أحد في الرجل تكون له الأمة لا بطؤها فيعتقها : لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها فان كان بطؤها فأعتقها تزوجها من يومه ومتى شاء لانها في مائه ، قال القامني معنى قوله ان كان بطؤها أن يحل له وطؤها وهي التي قد استبرأها

وقوله إن كان لا بطؤها أي لا يحل له وطؤها وهي التي لم يمس عاينها زمان الاستبراء . فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها ، وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها أخته بعده ولا يلزمها استئناف الاستبراء لان الاستبراء وجب بالشرع لا بالعق فيحسب ابتداءه من حين وجد سببه

(فصل) وان قال اعتق عبدك على أن أزوجه ابنتي فأعتقه لم يلزمه أن يزوجه ابنته لانه سلف في النكاح وعليه قيمة العبد ، وقال الشافعي في أحد قوايه لا يلزمه شيء لانه لا فائدة له في العتق وانما أنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه فزوجه عوضه كما لو قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه وكما لو قال طاق زوجتك وعلي الف فطلقها أو قال اني متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لا فائدة له في العتق

(والرواية الاخرى) ليست شرطا ، نقل مثنى ابن جامع أنه سأل أحمداً عن تزويج بولي وشهود غير عدول فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء ، وهذا ظاهر كلام الحنفي لانه ذكر الطفل والعبد والكافر ولم يذكر الفاسق وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وأحد قول الشافعي لانه يبي نكاح نفسه ثبتت له الولاية على غيره كالعدل ولانه يثبت الولاية لقراءة وشرطها النظر وهذا قريب ناظر فيلي كالعدل .

(فصل) ولا يشترط أن يكون بصيراً لان شعيبا زوج ابنته وهو أعمى ولان المقصود في النكاح يعرف بالجماع والاستفاضة فلا يقتصر الى النظر ولا يشترط النطق بل يجوز أن يبي الآخرس اذا فهمت اشارته لانها تنوم مقام نطقه في سائر العقود والاحكام فكذلك النكاح

(مسألة) (فان كان الاقرب طفلاً أو كافراً أو عبداً زوج الأبعد) لان الولاية لا تثبت لطفل ولا عبداً ولا كافراً على مسلمة فعند ذلك يكون وجودهم كعدمهم فثبت الولاية لمن أبعدهم إذا كانت فيه الشروط كما لو ماتوا .

(مسألة) (وإن عضل الاقرب زوج الأبعد وعنه بزواج الحاكم) العضل منع المرأة من التزويج بكفتها اذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه ،

(مسئلة) قال (واذا قال الخاطب للولي أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبلت قال نعم فقد انعقد النكاح اذا حضره شاهدان)

وقال الشافعي لا ينعقد حتى يقول معه زوجتك ابنتي ويقول الزوج قبالت هذا التزويج لان هذين ركنا العقد ولا ينعقد بدونهما

ولنا أن نعم جواب لقوله أزوجت وقبالت والسؤال يكون مضمرأ في الجواب معاداً فيه فيكون معنى نعم من الولي زوجته ابنتي ومعنى نعم من المتزوج قبالت هذا التزويج ولا احتمال فيه فيجب أن ينعقد به ولذلك لما قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) كان اقراراً منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم ، حقارولو قيل لرجل لي عليك الف درهم قال نعم كان اقرار صحيحاً لا يفترق الى نية ولا يرجع في ذلك الى تفسيره وبمثله تقطع اليد في السرقة فوجب أن ينعقد به التزويج كما لو لفظ بذلك (فصل) ولو قال زوجتك ابنتي فقال قبالت انعقد النكاح ، وقال الشافعي في أحد قوايه لا ينعقد حتى يقول قبالت هذا النكاح أو هذا التزويج لانه كناية في النكاح يفترق الى النية ، والاضرار فلم ينعقد به كلفظ الحبة والبيع

ولنا أن القبول صريح في الجواب فانهقد به كما ينعقد به اليم وسائر العقود وقولهم يفترق الى النية ممنوع فانه جواب فلا يصرف الا إلى المذكور

(فصل) وبنعقد النكاح بلفظ الانكاح والتزويج ، والجواب عنهما إجماعاً وهما الاذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه (زوجنا كما) وقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء) وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلانا مثل أن يقول زوجتك ابنتي هذه فيقول قبالت هذا النكاح أو هذا فني وجد ذلك انتقلت الولاية الى الابد نص عليه احمد وعنه رواية أخرى تنتقل إلى السلطان وهو اختيار أبي بكر ، وذكر ذلك عن عثمان بن عفان وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي ﷺ «فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» ولان ذلك حق عليه امتنع من أدائه فقام الحاكم مقامه كما لو كان عليه دين فامتنع من قضائه

ولنا أنه تعذر التزويج من جهة الاقرب فلا بد كما لو جن ولانه يفسق بالعضل فتنقل الولاية عنه كما لو شرب الخمر ، فان عضل الاولياء كلهم زوج الحاكم ، والحديث حجة لما لقوله السلطان ولي من لا ولي له ، وهذه لما ولي ويمكن حمله على ما اذا عضل الكل فان قوته «فان اشتجروا» ضمير جمع يتناول الكل . والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة (أحدها) انها حق للولي والدين عليه . (الثاني) ان الدين لا ينتقل عنه والولاية تنتقل عنه لعارض من جنون الولي وفسقه (الثالث) أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة والولاية يعتبر لها ذلك وقد زالت العدالة بما ذكرناه ، فان قيل لو زالت ولايته لما صح منه التزويج اذا أجاب اليه قلنا فسقه بامتناعه فاذا أجاب فقد نزع عن المصية وراجع الحق

التزوج، ولا ينعقد بغير لفظ الانكاح والتزويج وهذا قال سعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة والشافعي، وقال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأبو عبيد وداود ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك، وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة روايتان، وقال مالك ينعقد بذلك إذا ذكر المهر، واحتجوا بأن النبي ﷺ زوج رجلاً امرأة فقال « قد ملكتكم بما معكم من القرآن » رواه البخاري ولأنه لفظ ينعقد به تزويج النبي ﷺ فانهقد به نكاح أمته كاللفظ الانكاح والتزويج ولأنه أمكن تصحيحه بجارزه فوجب تصحيحه كإيقاع الطلاق بالسكنايات

ولنا قوله تعالى (وامرأة مؤمنة ان وهبت نفسها للنبي ان أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين) فذكر ذلك خالصاً لرسول الله ﷺ ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح كلفظ الإجارة والاباحة والاحلال، ولأنه ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به كالذي ذكرنا وهذا لان الشهادة شرط في النكاح والكناية إنما تعلم بالنية ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فرق بقية العقود والطلاق، وأما الخبر فقد روي زوجتكم وأنكحتكم وزوجناكم من طرق صحيحة، والقصة واحدة والظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظناً منه أن معناها واحد فلا تكون حجة وإن كان النبي ﷺ جمع بين الالفاظ فلا حجة لهم فيه لان النكاح انعقد بأحدها والباقي فضلة (فصل) ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها وهذا أحد قولي الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد لأنه أتى بلفظه الخاص فانهقد به كما ينعقد بلفظ العربية

فزال فسقه فكذلك صح تزويجه، وقد روي عن معقل بن يسار قال : زوجت أختاً لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقات له زوجها وأقرشتك وأكرمك فطلقها ثم جئت يخطبها لا والله لا أهرد إليك أبداً وكان رجلاً لا بأس به فكانت المرأة تريد أن ترجع إليه فأنزل الله هذه الآية (فلا تضلوهن) فقلت الآن أفعل بإرسول الله قال « فزوجها إياه » رواه البخاري

(فصل) وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة له تبعها من التزويج بدون مهر مثلها لان عليهم في ذلك عار وفيه ضرر على نساها لنقص مهر مثلين ولنا أن المهر خالص حقها وعوض بمختص بها فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه كمن عبدها وأجر دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه سقط كله فبعضه أولى ولان النبي ﷺ قال لرجل أراد أن يزوجه « النفس ولو خاف من حديثه » وقال لا رأة زوجت بنعلين « أرضيت من نفسك بنعلين ؟ » قالت نعم : فأجازه النبي ﷺ وقولهم فيه عار عليهم ليس كذلك فان عمر قال لو كان مكرومة في الدنيا أو تقوى عند الله كان أولاكم به رسول الله ﷺ يعني غلو الصداق فان رغبت في رجل بينه وهو كفء فأراد تزويجها لغيره من أكتافها وامتنع من تزويجها من الذي أرادته كان عاضلاً لها فان طلبت التزويج بغير كف، فله منعها منه ولا يكون عاضلاً بذلك لأنها لو زوجت بغير كفها كان له فسخ النكاح فلأن يمنع منه ابتداءً أولى

ولنا انه عدل عن لفظ الانكاح والتزويج مع القدرة فلم يصح كلفظ الاحلال ، فأما من لا يحسن العربية فيصح منه عقد النكاح بلسانه لانه عاجز عما سواه فسقط عنه كالأخرس ويحتاج أن يأتي بمعناها الخاص بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي ، وليس على من لا يحسن العربية تدل ألفاظ النكاح بها ، وقال أبو الخطاب عليه أن يتعلم لأن ما كانت العربية شرطاً فيه لزمه أن يتعلمها مع القدرة كالتيكبير ووجه الاول ان النكاح غير واجب فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالتيكبير بخلاف التكبير ، فان كان احداً المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر أتى الذي يحسن العربية بها والآخر يأتي بلسانه ، فان كان احدهما لا يحسن لسان الآخر احتاج أن يعلم أن اللفظة التي أتى بها صاحبه لفظة الانكاح أن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعاً (فصل) فأما الآخرس فان فهمت إشارته صح نكاحه بها لانه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة فصح بإشارته كيبه وطلاقه وإمائه ، وان لم تفهم إشارته لم يصح منه كما لم يصح غيره من التصرفات القولية ، ولان النكاح عقد بين شخصين ولا بد من فهم كل واحد منهما ما يهدرن صاحبه ، ولوفهم ذلك صاحبه العاقد معه لم يصح حتى يفهم الشهود أيضاً لان الشهادة شرط ولا يصح على ما لا يفهم ، قال أحد لا يزوجه وليه يعني إذا كان بالغاً لان الحرص لا يوجب الحجر فهو كالصغير

(فصل) إذا تقدم القبول على الإيجاب لم يصح رواية واحدة سواء كان بالنظر الماضي مثل أن يقول تزوجت ابنتك فيقول زوجتك أو بلفظ الطلب كقوله زوجني ابنتك فيقول زوجتكها . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يصح فيها جميعاً لأن قد وجد الإيجاب والقبول فيصح كولو تقدم الإيجاب ولنا أن القبول إنما يكون للإيجاب فتي وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه ألم يصح كما لو تقدم

(مسألة) (وان غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد وهي المالا تقطع الا بكافة ومشقة في ظاهر كلام احمد وقال الخرقي مالا يضل اليه الكتاب أو يصل فلا يجب عنه ، وقال القاضي مالا تقطعه القافلة في السنة الا مرة ، وقد قال احمد اذا كان الاب بعيداً سفر زوج الأبعد . قال أبو الخطاب فيحتمل أنه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاة)

الكلام في هذه المسئلة من أمرين (أحدهما) أن الأقرب إذا غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد دون الحالك بهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يزوجهما الحالك لانه تعذر الوصول الى النكاح من الأقرب مع بقاء ولايته فيقوم الحالك مقامه كما لو عضلها ولان الأبعد معجوب بولاية الأقرب فلا يجوز له التزويج كما لو كان حاضراً ، ودليل بقاء ولايته أنه لو زوج من حيث هو أو وكل صح

وناقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولي من لا ولي لها » وهذا ما ولي فلا يكون السلطان وإياها ولان الأقرب تعذر حصول التزويج منه فثبت الولاية لمن يليه من العصبات كما لو جن أو مات ولأنها حالة يجوز فيها التزويج لغير الأقرب فكان ذلك للأبعد كالاصل وإذا عضلها فهي كسثلتنا

(الفصل الثاني) في الغيبة المنقطعة التي يجوز للأبعد التزويج في مثلها في قول الخرقي هي مالا

بالنظر الاستفهام ، ولانه لو تأخر عن الايجاب باللفظ الطالب يصح فاذا تقدم كان أولى كصيغة الاستفهام ولانه لو أتى بالصيغة المشروعة متقدمة فقال قبلت هذا النكاح فقال الولي زوجتك ابنتي لم يصح فلأن لا يصح إذا أتى بغيرها أولى ، وأما اليم فلا يشترط فيه صيغة الايجاب والقبول بل يصح بالمعاطاة . ولانه لا يتعين فيه لفظ بل يصح بأي لفظ كان مما يؤدي المعنى ولا يلزم الخلم لانه يصح تعليقه على الشروط

(فصل) وإذا عقد النكاح هازلا أو تلجئة صح لان النبي ﷺ قال : ثلاث مزلن جد وجد من جد : الطلاق والنكاح والرجعة . رواه الترمذي . وعن الحسن قال قال رسول الله ﷺ : من نكح لاعبا أو طلق لاعبا أو أعتق لاعبا جاز . قال عمر أربع جائزات إذا تكلم بهن : الطلاق والنكاح والعتاق والنذر . وقال علي أربع لاعب فيهن : الطلاق والعتاق والنكاح والنذر

(فصل) إذا تراخي القبول عن الايجاب صح ماداما في المجلس ولم يتشاغلا عنه بغيره لان حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه وثبوت الخيار في عقود المعاوضات فان تفرقا قبل القبول بطل الايجاب فانه لا يوجد . نعم فان لاعراض قد وجد من جهته بالتفرق فلا يكون قبولا وكذلك ان تشاغلا عنه بما يقطعه لانه معرض عن العقد أيضا بالاشغال عن قبوله . وقد قل أبو طالب عن أحمد في رجل منى اليه قوم فقالوا له زوج فلانا قال قد زوجته على ألف فرجهوا الى الزوج فأخبروه فقال قد قبأت هل يكون هذا نكاحا ؟ قال نعم ، قال القاضي هذا محمول على انه وكل من قبل العقد في المجلس . وقال أبو بكر مسألة أبي طالب تزوجه على قولين واختار انه لا بد من القبول في المجلس وهو الصحيح ان شاء الله تعالى

يصل اليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه لان مثل هذا يتعذر مراجعته بالكتابة فتكون منقطعة أي تنقطع عن امكان تزويجها ، وقال القاضي يجب أن يكون حد المسافة أن لا تردد التوافل فيه في السنة الا مرة لان الكف ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها فيلحق الضرر بترك تزويجها ، وقد قال احمد في موضع اذا كان الاب بعيد السفر زوج الأخ . بمحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة لان ذلك هو السفر البعيد الذي علق عليه الاحكام . وذكر أبو بكر زوجها (أحدها) . لا يقطع الا بكلفة ومشقة لان احمد قال اذا لم يكن ولي حاضر من عصبتها كتب اليهم حتى يأذنوا إلا أن تكون غيبة منقطعة لاندك الا بكلفة ومشقة فالسلطان ولي من لا ولي له ، قال شيخنا وهذا القول ان شاء الله أقربها الى الصواب فان التحديدات بابها التوقيف ولا توقيف في هذه المسئلة فتد إلى ما يتعارفه الناس بينهم مما لم تجر العادة بالانتظار فيه ويلحق المرأة الضرر بمنعها من التزويج في مثله فانه يتعذر في ذلك الوصول الى المصلحة من نظر الاقرب فيكون كالعدم ، والتحديد العام كثير فان الضرر يلحق بالانتظار في مثل ذلك ويذهب الخاطب ، ومن لا يصل منه كتاب أبعد ومن هو على مسافة لا تلحق المشقة بمكانته فكان التوسط أولى ، واختلف

(فصل) فان أوجب النكاح ثم زال عقله بمجنون أو اغماء بطل حكم الايجاب ولم ينقصد بالقبول بعده مالم يضامه القبول لم يكن عقداً فبطل بزوال العقل كالعقود الجائزة تبطل بالموت والمجنون وهذا مذهب الشافعي وان زال عقله بنوم لم يبطل حكم الايجاب لأنه لا يبطل العقود الجائزة فكذلك هذا (فصل) ولا يثبت في النكاح خيار وسواء في ذلك خيار المجلس وخيار الشرط ولا نعلم أحداً خالف في هذا وذلك لان الحاجة غير داعية اليه فانه لا يقع في الغالب إلا بعد نرو وفكر ومسئلة كل واحد من الزوجين عن صاحبه والمعرفة بحاله بخلاف البيع الواقع في الاسواق من غير فكر ولا روية ولان النكاح ليس بمعاوضة محضة ولهذا لا يعتبر فيه العلم بالمعتود عليه بروية ولا صفة ويصح من غير تسمية العوض ومع فساده ولان ثبوت الخيار فيه يغني إلى فسخه بعد ابتذال المرأة فان في فسخه بعد العقد ضرراً بالمرأة ولذلك أوجب الطلاق قبل الدخول نصف الصداق

(فصل) ويستحب أن يخاطب المعتاد أو غيره قبل التواجب ثم يكون العقد بعده لقول النبي ﷺ «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أقطع» وقال «كل خطبة ليس فيها شهادة فهي كاليهد الجذما» رواها ابن المنذر ويحرم من ذلك أن يحمده الله ويتشهد ويصلي على رسول الله ﷺ والمستحب أن يخاطب بخطبة عبد الله بن مسعود التي قال فيها «يا رسول الله ﷺ اللهم اني اشهد في الصلاة والجمعة والجمعة في الحاجة قال الشاهد في الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ بالله من شرور أنفسنا من جهده الله فلا مضل له ومن يضل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله وقرأ ثلاث آيات (اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون * اتقوا الله الذي تساءلون به والارحام ان الله

أصحاب أبي حنيفة في الغيبة المنقطعة فقال بعضهم كقول القاضي وبعضهم قال من الري إلى بغداد وقال بعضهم من الرقة إلى البصرة ، وهذا القولان يشبهان قول أبي بكر ، واختلف أصحاب الشافعي في الغيبة التي يزوج فيها الحاكم فقال بعضهم مساندة القعر ، وقال بعضهم يزوجها الحاكم ، وان كان الولي قريباً وهو منصوص الشافعي ، وظاهر كلام أحمد أنه اذا كانت الغيبة غير منقطعة انه ينتظر ويراسل حتى يقدم أو يوكل

(فصل) فان كان القريب أسيراً أو محبوساً في مسافة قريبة لا يمكن مراجعته فهو كالبعيد فان البعد لم يعتبر لعينه بل لتعذر الوصول إلى التزويج بنظره وهذا موجود ههنا وكذلك ان كان غائباً لا يعلم أقرب هو أم بعيد أو علم أنه قريب ولم يعلم مكانه فهو كالبعيد ﴿مسئلة﴾ (ولا يلي كافر نكاح مسلمة بحال الا إذا أسلمت أم ولده في وجه)

أما الكافر فليس له ولاية على مسلمة بحال وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم ، وذكر شيخنا ههنا أن فيه وجهاً أن الكافر يلي نكاح أم ولده إذا أسلمت وذكره أبو الخطاب لأنها مملوكة فيلي نكاحها كالسلم ، ولأنه عقد

كان عليكم رقيقاً - اتقوا الله وقولوا قولا سديداً يصلح اسمكم أعمالكم) الآية رواه أبو داود
وترمذي وقال حديث حسن قال الحلال ثنا أبو سليمان امام طرسوس قال كان الامام أحمد بن حنبل
إذا حضر عقد نكاح فلم يخطب فيه بخطبة عبدالله بن مسعود قام وتركهم وهذا كان من أبي عبدالله من
المبالغة في استحبابها لا على الإيجاب فان حرب بن اسماعيل قال قالت لاهد فيجب أن تكون خطبة النكاح
مثل قول ابن مسعود فوسم في ذلك وقد روي عن عمر أنه كان إذا دعي ليزوج قال لا تفصروا علينا
الناس الحديث وصل الله على محمد إن فلانا يخطب إليكم فان أنكرتموه فالحمد لله وإن رددتموه فسيبجان الله
والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولي أو الزوج أو غيرها وقال الشافعي المستنون خطبتان هذه التي ذكرناها
في أوله وخطبة من الزوج قبل قبوله والمنقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الشافعي خطبة
واحدة وهو أولى ما تتبع .

(فصل) والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه الا داود فانه أوجبها لما ذكرناه
ولنا أن رجلاً قال للنبي ﷺ يا رسول الله زوجنيها فقال رسول الله ﷺ «زوجتكما بما معك
من القرآن» متفق عليه ولم يذكر خطبة وخطب الى عمر مولاة له فما زاد على أن قال أنكحناك على
ما أمر الله على امساك بمعروف أو نهي عن منكر باحسان وقال جعفر بن محمد عن أبيه ان كان الحسين
ليزوج بعض بنات الحسن وهو يتعرق العرق رواها ابن المنذر وروى أبو داود بإسناده عن رجل
من بني سليم قال خطبت الى رسول الله ﷺ امامة بنت عبد المطلب فأنكحني من غير أن يشهد

عليها فبليه كاجارها (والثاني) لا يليه لقول الله تعالى (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولانها مسلمة
فلا يلي نكاحها كاتبته فعلى هذا يزوجه الحاكم وهذا الوجه أولى لما ذكرنا من الاجماع
(مسئلة) (ولا يلي مسلم نكاح كافرة الا سيد الامة وولي سيدها أو السلطان لقول الله تعالى
(والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ولان مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه فلم
يل عليه كما لو كان أحدهما رقيقاً فأما سيد الامة الكافرة فله تزويجها الكافر لكونها لا تحل للمسلمين
وكذلك سيد الامة الكافرة يلي تزويجها كافر لانها ولاية بالملك فلم يمنعها كون سيد الامة الكافرة
مسلمة كسائر الولايات ولان هذه تحتاج الى التزويج ولا ولي لها غير سيدها . فأما السلطان فله الولاية
على من لا ولي لها من أهل الذمة لأن ولايته عامة على أهل دار الاسلام وهذه من أهل الدار فثبت له
الولاية عليها كالمسلمة

وتثبت الولاية للكافر على أهل دينه على حسب ما ذكرنا في المسلمين وتعتبر فيهم الشروط
المعتبرة في المسلمين

(مسئلة) (ويلى الذي نكاح موليته الذمية من الذي لقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم
(المغني والشرح الكبير) (٥٥) (الجزء السابع)

ولأنه عقد معاوضة فلم تجب فيه الخطبة كالبيع وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة لا على الوجوب .

(فصل) ويستحب اعلان النكاح والضرب فيه بالدف قال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب فيه بالدف حتى يشتهر ويعرف وقيل له ما الدف؟ قل هذا الدف قال لا بأس بالفرز في العرس بمثل قول النبي ﷺ للانصار «أتيناكم آتيناكم خيونا نجيمكم لولا الذهب الأحمر ما حلت بواديكم ولولا الخطبة السوداء ما مرت عذاريتكم» لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه «ولولا الخطبة الحمراء ما سمعت عذاريتكم»

وقال أحمد أيضا يستحب ضرب الدف والضرب في الاملاك فقيل له ما الصوت؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والاصل في هذا ما روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله ﷺ «فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح» رواه النسائي . وقال عليه السلام «أعلنوا النكاح» وفي لفظ — أظهروا النكاح «وكان يجب أن يضرب عليها بالدف ، وفي لفظ «واضربوا عليه بالقربال»

وعن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلا من الانصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها قالت فلما رجنا قال انار رسول الله ﷺ «ما قلتم يا عائشة» قالت سلنا ودهونا بالبركة ثم انصرفنا فقال ان الانصار قوم فيهم غزل الا قلتم يا عائشة آتيناكم آتيناكم خيانا وحياكم؟ «روى هذا كله ابو عبد الله بن ماجه في سننه ، وقال أحمد رحمه الله لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى النبي ﷺ (فصل) فان عقده بولي وشاهدين فأمره أو تواصوا بكفانه كره ذلك وصح النكاح وبه يقول

أولياء بعض (وهل يليه من مسلم؟ على وجهين)

(أحدهما) يليه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه وليها فصح تزويجه لها كما لو زوجها كافرا ولأنها امرأة لها ولي مناسب فلم يجز أن يليها غيره كما لو تزوجها ذمي (والثاني) لا يزوجه الا الحاكم قاله القاضي لان أحمد قال : لا يعقد يهودي ولا نصراني عقد نكاح لمسلم ولا مسلمة ووجهه أنه عقد يفتقر الى شهادة مسلمين فلم يصح بولاية كافر كنكاح المسلمين والاول أصح والشاهدان يرادان لاثبات النكاح عند الحاكم بخلاف الولاية

﴿مسئلة﴾ (وإذا زوج الابعد من غير عذر للاقرب أو زوج الاجنبي لم يصح وعنه يصح ويقف على إجازة الولي)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أنه اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب واجابته الى تزويجها من غير اذنه لم يصح وبهذا قال الشافعي وقال مالك يصح لان هذا ولي فصح أن يزوجهما باذنها كالاقرب ولنا أن هذا مستحق بالتصيب فلم يثبت للابعد مع وجود الاقرب كالميراث وبهذا فارق القريب البعيد

أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وعن كره نكاح المهر رضي الله عنه وعروة وعبد الله بن عبيد الله ابن عتبة والشعبي وناقم مولى ابن عمر . وقال أبو بكر عبد العزيز النكاح باطل لأن أهد قال إذا تزوج بولي وشاهدين : لا حتى يعلنه وهذا مذهب مالك والحجة لما ماتقدم في الفصل الذي قبل هذا ولنا قوله « لا نكاح إلا بولي » مفهومه انعقاده بذلك وإن لم يوجد الاظهار ، ولأنه عقد معارضة فلم يشترط اظهاره كالبيع وأخبار الاعلان يراد بها الاستحباب بدليل أمره فيها بالضرب بالدف والصوت وليس ذلك بإيجاب فكذلك ما عطف عليه ، وقول احمد : لا ، هي كراعة فانه قد صرح فيها حكينا عنه قبل هذا باستحباب ذلك ولان اعلان النكاح والضرب فيه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقده ولو كان شرطاً لا اعتبر حالة العقد كسائر الشروط

(فصل) ويستحب عقد النكاح يوم الجمعة لان جماعة من السلف استحبوا ذلك منهم سمرة بن حبيب وراشد بن سعيد وحبيب بن عتبة ولأنه يوم شريف ويوم عيد فيه خلق الله آدم عليه السلام والمساية أولى بأن أبا حفص روى بإسناده عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ « مسوا بالاملاك فانه أعظم لبركة » ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره

(فصل) ويستحب أن يقال للمتزوج بارك الله لك وبارك عليك وجمع بينكما في خير وعافية . وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن أثر صفة فقال « ما هذا ؟ » فقال إني تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب قال « بارك الله لك أولم ولو بشاة » متفق عليه قال بعض أهل العلم وزن النواة خمسة دراهم وذلك ثلاثة مثاقيل ونصف من الذهب وقال المبرد الصواب عند

(الفصل الثاني) أن هذا العقد يقع فاسداً لا يقف على الاجازة ولا يصير بالاجازة صحيحاً وكذلك الحكم إذا زوج الاجنبي أو زوجت المرأة المتبرأ منها أو تزوج المبد بغير إذن سيده فالتكاح في هذا كله باطل في أصح الروايتين نص عليه أحمد في مواضع وهو قول الشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وعن أحمد رواية أخرى أنه يقف على الاجازة فان أجازته جاز وان لم يجزه فسد قال أحمد في صغير زوجه عمه فان رضي به في وقت من الاوقات جاز وان لم يرض فسخ وإذا زوجت اليتيمة فلها الخيار إذا بلغت وقال إذا تزوج المبد بغير إذن سيده ثم علم السيد فان شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد فان أذن في التزويج فالطلاق بيد المبد وهذا قول أصحاب الرأي في كل مسألة يستبر فيها الاذن وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن القاسم بن محمد والحسن بن صالح وإسحاق وأبي يوسف ومحمد لما روي أن جارية بكراً أنت النبي ﷺ فذكرت أن أباهما زوجها وهي كارهة فخيرها النبي ﷺ رواه أبو داود وابن ماجه وروي أن فتاة جاءت إلى النبي ﷺ فقالت ان أبي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خيسته قال فجعل الامر اليها فقالت قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم أن للنساء من الامر شيئاً ولأنه عقد يقف على الفسخ

أهل العلم بالعربية أن يقال على نواة فحسب فإن النواة عندم اسم خمسة دراهم كما أن الاوقية أربعون درهما والنش عشرون واقفه أعلم

(فصل) ويستحب أن يقول إذا زفت إليه ماروي صالح بن أحمد في مسائله عن أبيه حدثنا داود عن أبي نضرة عن أبي سعيد مولى أبي أسيد قال تزوج فخره عبد الله بن مسعود وأبو ذر وحذيفة وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فحضرت الصلاة فقدموه وهو مملوك فعلى بهم ثم قالوا له إذا دخلت على أمك فصل ركعتين ثم خذ برأس أمك فقل اللهم بارك لي في أهلي وبارك لأهلي في وارضقهم مني وارضقني منهم ثم شأنك وشأن أمك. وروى أبو داود بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا تزوج أحدكم امرأة واشترى خادما فليقل اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه وإذا اشترى بهيرا فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك »

(مسئلة) قال (وليس للحر أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات)

أجمع أهل العلم على هذا ولا نعلم أحدا خالفه الا شيئا يحكي عن القاسم بن ابراهيم أنه أباح تسعا لقول الله تعالى [فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع] والواو اجمع ولان النبي ﷺ مات عن تسع وهذا ليس بشيء لانه خرق للاجماع وترك السنة فان رسول الله ﷺ قال : انفلان بن سلمة حين أسلم وتحنه عشر نسوة « امسك أربما وقارق سائرهن » وقال نوفل بن معاوية

فوقف على الاجازة كالوصية ووجه الاولى قول النبي ﷺ « أيما امرأة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل - وقال - إذا نكح العبد بغير اذن سيده فنكاحه باطل » رواه أبو داود وابن ماجه الا أن أبا داود قال هو موقوف على ابن عمر ولانه عقد لا ثبت فيه أحكامه من الطلاق والخلع واللعان والتوارث فلم ينقد كنكاح المعتدة فأما حديث المرأة التي خيرها رسول الله ﷺ فهو مرسل عن عكرمة رواه الناس كذلك ولم يذكروا ابن عباس قاله أبو داود ثم يحتدل أن هذه المرأة هي التي قالت زوجني أبي من ابن أخيه ليرقم به خبيسته فتخيرها لتزويجها من غير كفئتها وهذا يثبت الخيار ولا يبطل النكاح والوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات ولا تفرع على هذه الرواية لوضوحها فأما على الرواية الاخرى فان الشهادة تعتبر في العقد لأنها شرط اه فيعتبر وجودها معه كالقبول ولا تعتبر في الاجازة لأنها ليست بعقد ولأنها اذا وجدت أسند الملك الى حالة العقد حتى لو كان في الصداق بما ملك من حين العقد لا من حين الاجازة وان مات أحدهما قبل الاجازة لم يرثه الآخر لانه عقد تلزمه إجازته فهو كالصحيح وان كان بما لا يجزئه لم يرثه (فصل) ومتى تزوجت المرأة بغير اذن وليها والامة بغير اذن سيدها فقد ذكره أصحابنا من

أصلحت ونحني خمس نسوة فقال النبي ﷺ « فارق واحدة منهن » رواها الشافعي في مسنده وإذا منع من استدامة زيادة عن أربع فلا بداء أولى فالآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (أولي أجنحة مشى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراء ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية، وأما النبي ﷺ فمخصوص بذلك ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر

(مسئلة) قال (وليس للعبد أن يجمع الاثنتين)

أجمع أهل العلم على أن للعبد أن ينكح اثنتين واختلفوا في إباحة الأربع فذهب أحد أنه لا يباح إلا اثنتان وهذا قول عمر رضي الله عنه وعلي وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي، وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطائوس ومجاهد والزهري وربيعة ومالك وأبو ثور وداود له نكاح أربع لعموم الآية ولأن هذه طريقه هذه والشهوة فساوى العبد الحر فيه كلاً كقول.

ولنا قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً، وقد روى إيث بن أبي سالم عن الحكم بن قتيبة قال: أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر رضي الله عنه سأل الناس: كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف باثنتين وطلحة باثنتين فدل هذا على أن ذلك

الروايتين قال شيخنا والصحيح عندي أنه لا يدخل فيها لتصریح النبي صلى الله عليه وسلم فيه بالطلاق ولأن الإجازة إنما تكون للعقد صدر من أهله في محله فأما ما لا يصدر من الأهل كالذي عقده المجنون أو الطفل فلم يقف على الإجازة وهذا عقد لم يصدر من أهله فإن المرأة ليست أهلاً له بدليل أنه لو أذن لها فيه لم يصح مع الأذن القارن فإن لا يصح بالإجازة المتأخرة أولى ولا تفريع على هذا القول وأما على القول الآخر فتى تزوجت بغير إذن الولي فيرفع إلى الحاكم لم يملك لإجازته والامر فيه إلى الولي فتى رده بطل لأن من وقف بالحكم على إجازته بطل برده كالمرأة إذا تزوجت بغير إذن أهله وفيه وجه آخر أنه إذا كان الزوج كفواً أمر الحاكم الولي بإجازته فإن لم يفعل أجازته الحاكم لأنه لو امتنع صار حاضراً فانتقلت الولاية عنه إلى الحاكم في ابتداء العقد ومتى حصلت الإصابة قبل الإجازة ثم أجازها فله مهر واحد أما المسمى وأما مهر المثل إن لم يكن مسمى فإن الإجازة مسندة إلى حالة العقد فيثبت الحل والملك من حين العقد كما ذكرنا في البيم ولذلك لم يجب الحد ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من نحل له أقصم النكاح ولأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها لأنها أقوى فأزالت الاضغ كما لو طرأ ملك اليمين

كان يحضر من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا يخص عموم الآية على أن فيها ما يدل على ارادة الاحرار وهو قوله (أو ما ملكت أيانكم) وبفارق النكاح المأكول فانه مبني على التفضل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه أمته ولان فيه ملكا والعبد ينقص في الملك عن الحر

﴿ مسألة ﴾ قال (وله أن يتسرى باذن سيده)

هذا هو المنصوص عن احد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري ومالك والاوزاعي والثوري وأبي ثور وكره ذلك ابن سيرين وحامد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي ، ولشافعي قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بملك سيده أولى ؟ وقال القاضي أبو يعلى يجب أن يكون في مذهب احد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بملك سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطء إلا في نكاح أو ملك يمين لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمنهم قانهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا وروى الاثرم بإسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأسا أن يتسرى العبد ونحوه عن ابن عباس ولان العبد يملك في النكاح فملك التسري كالحر وقولهم إن العبد لا يملك المال ممنوع فان النبي ﷺ قال « من اشترى عبدا وله مال فجعل المال له ولانه آدمي فملك المال كالحر وذلك لانه بآدميته يشهد لاهلية الملك إذ كان الله تعالى

على ملك النكاح وان خرجت الى من نحل له كالرأة أو اتنين فكذلك أيضاً لان العقد اذا وقف على اجازة شخص لم يجوز باجازه غيره كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك فأجازها المشتري الثاني مع الاجنبي وفيه وجه آخر أنه يجوز باجازه المالك الثاني لانه بذلك ابتداء العقد فملك اجازته كالأول ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو هبة أو ارث أو غيره فأما أن أعنتها السيد احتمل أن يجوز النكاح لانه انما وقف لحق المولى فاذا أعتق سقط حقه فصح واحتمل أن لا يجوز لان ابطال حق الولي ليس باجازه ولان حق المولى ان يطل من الملك لم يطل من ولاية التزويج فانه يلها بالولاء

(فصل) واذا تزوجت التي يستبرأ منها بغير اذنها وقتلنا يقف على اجازتها فأجازتها بالنطق أو ما يدل على الرضا من التمكين من الوطء والمطالبة بالمهر أو النفقة ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب لان أدلة الرضا تقوم مقام النطق به ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم لبريرة « ان وطئت زوجك فلا خيار لك » جعل تمكينها دليلاً على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر أو النفقة والتمكين من الوطء دليل على الرضا لان ذلك من خصائص العقد الصحيح فوجوده من المرأة دليل رضاها به

﴿ مسألة ﴾ (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وان كان حاضراً ووصيه في النكاح بمنزلة)

خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكليف وإداء العبادات قال الله تعالى (هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً) والعبد داخل في العموم ومن أهل التكليف والعبادات فيكون أهلاً للملك ولذلك ملك في النكاح وإذا ثبت للملك لجنين مع كونه نطانة لا حياة فيها باعتبار ما له إلى الأدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى

إذا ثبت هذا فلا يجوز له التمرى إلا بأذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يبيع له وطؤها حتى يأذن له فيه لأن ملكه ناقص وأسيده نزع منه متى شاء من غير فسخ عقد فلم يكن له التصرف فيه إلا بأذن سيده فإن أذن له فقال تسربها أو أذنت لك في وطئها أو مادل عليه أبيع له وما ولد له من التمرى فملكه حكم ملكه لأن الجارية مملوكة له فكذلك ولدها، وإن تسرى بغير إذن سيده فالولد ملك سيده (فصل) وله التمرى بما شاء إذا أذن له السيد في ذلك نص عليه أحمد لأن من جاز له التمرى جاز من غير حصر كالحرفان أذن له وأطلق التمرى تسرى بواحدة وكذلك إذا أذن له في التزويج لم يجوز أن يتزوج أكثر من واحدة وبهذا قال أصحاب الرأي وأبو ثور، وإذا أذن له في التزويج فقد على اثنين في عقد جاز. ولنا أن الأذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الأصل كما لو أذن له في طلاق امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة، ولأن الزائد على الواحدة محتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك هل أذن له أو لا؟

(فصل) والمكاتب كالعبد القن لا يتزوج ولا يتسرى إلا بأذن سيده لأن في ذلك إنقلاصاً للمال الذي في يديه وقد قال عليه السلام «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» وأما المعتق بمضه فإذا ملك

يجوز التوكيل في النكاح سواء كان الولي حاضراً أو غائباً مجبراً أو غير مجبر لأنه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في تزويجه ميمونة وكل عمرو بن أمية الضمري في تزويجه أم حبيبة ولأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل ولأصحاب الشافعي في توكيل غير الأب والجد وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه يلي بالأذن فلم يجوز له التوكيل كالوكيل

ولنا أنه يلي شرعاً فكان له التوكيل كالأب ولا يصح قولهم إنه يلي بالأذن فإن ولايته ثابتة قبيل إذنها وإنما إذنه شرط لصحة تصرفه فأشبهه ولاية الحاكم عليها ولا خلاف في أن للحاكم أن يستنيب في التزويج من غير إذن المرأة ولأن المرأة لا ولاية لها على نفسها فكيف ثبتت الإفادة من قبلها؟

(فصل) ويجوز التوكيل مطلقاً ومقيداً فالمقيد التوكيل في تزويج رجل بينه والمطلق التوكيل في تزويج من يرزاه أو من شاء قال أحمد في رواية عبد الله في الرجل يولي على أخته وابنته تقول إذا وجدت من أرزاه فزوجه فزوجها جائز ومنع بعض الشافعية التوكيل المطلق ولا يصح فإنه روي أن رجلاً من العرب ترك ابنته عند عمر وقال إذا وجدت لها كفواً فزوجها ولو بشراك نكح فزوجها عمر عثمان بن عفان فهي أم عمر بن عثمان واشتهر ذلك فلم ينكر ولأنه أذن في النكاح فجاز مطلقاً

بجزئه الحر جارية فملكه تام وله الوطء بغير إذن سيده لقوله سبحانه (أو ما ملكت أيمانكم) ولأن ملكه عليها تام لا تصرف فيها بما شاء بغير إذن سيده فكذلك الوطء وما فيه من الرق لا يمنعه من استيفاء ما يملكه كإلائه أن يتصرف ويأكل ما يملكه بنصفه الحر. وقال القاضي حكاه حكم القن وهو منصوص الشافعي، وقال بعض أصحابه كقولنا، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده وكذلك منعناه التزويج حتى يأذن له سيده

ولنا أنه لاحق لسيدته فيها ولا يلحقه ضرر باستمئائه منها فلم يعتبر إذنه فيها كاستخدامها وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بمملكته فاعتبر رضي السيد ليكون راضيا بمتاع الحق بملكه بخلاف مستثنا فان الحق له لا عليه فأما أن أذن له سيده فيه جاز إلا عند من منع العبد التسري لأنه كالقن في قولهم (فصل) نقل محمد بن مهران عن أحمد لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هاني. ويعقوب بن يحنان ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهر هذا أنه إذا تسرى بأذن السيد لم يملك السيد الرجوع لأنه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسا على النكاح

وقال القاضي يحتمل أنه أراد بالتسري هنا التزويج وسماه تسريا مجازاً ويكون السيد الرجوع فيما ملك عبده. وظاهر كلام أحمد خلاف هذا وذلك لأنه ملكه بضعا أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كالزوج

كأذن المرأة أو عقد فجاز التوكيل فيه مطلقا كالبيع

(فصل) ولا يعتبر في الوكالة إذن المرأة في التوكيل سواء كان الموكل أباً أو غيره ولا يفتقر إلى حضور شاهدين وقال بعض الشافعية لا يجوز لغير المحبر التوكيل إلا بأذن المرأة وخرجه القاضي على الروايتين في توكيل الوكيل من غير إذن الموكل وحكي عن الحسن بن صالح أنه لا يصح إلا بحضور شاهدين لأنه يراد بحل الوطء فافتقر إلى الشهادة كالنكاح

ولنا أنه إذن من الولي في التزويج فلم يفتقر إلى إذن المرأة ولا لإشهاد كاذن الحاكم وقد بينا أن الولي ليس بوكيل المرأة ولو كان وكيلها لتمكنت من عزله وهذا التوكيل لا يملك به البضع فلم يفتقر إلى إشهاد بخلاف النكاح ويطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتوكيل في شراء الاماء للتسري

(فصل) ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل فإن كان للمولى الاجبار ثبت ذلك لو كيله إن كانت ولايته ولاية مراجعة احتاج الوكيل إلى مراجعة المرأة لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبت للنائب عنه وكذلك الحاكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج فيكون المأذون له قائما مقامه

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها اختارها الحنفي وهذا قول الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك وروى عنه لا تستفاد بالوصية وبه قال الثوري والشمسي والنخعي والحاثر السكفي وأبو حنيفة والشافعي وابن المنذر ولأنها ولاية تنقل إلى

(مسئلة) قال (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقاً يملك الرجعة أو لا يملك لم يكن له أن يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وكذلك إذا طلق واحدة من أربع لم يتزوج حتى تنقضي عدتها وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه)

وجملة ذلك أن الرجل إذا تزوج امرأة حرمت عليه أمها على التأييد وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع وكذلك أن تزوج الحر أربما حرمت الخامسة تحريم جمع وأن تزوج العبد اثنتين حرمت اثنتان تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجعياً فالنحرى باق بحاله في قولهم جميعاً. وإن كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك عند أماننا حتى تنقضي عدتها، وروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبقال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع وروى ذلك عن زيد بن ثابت لأن المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نسكاهن ثم قال (وأن نجتمعوا بين الأخنتين إلا ما قد سلف) مطوفاً عليه والبائن ليست في نكاحه ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول ولنا قول علي وابن عباس وروى عن عبيدة السلماني أنه قال ما أجملت الصحابة على شيء كاجتماعهم

غيره شرعاً فلم يجز أن يوصى بها كالخصانة ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها فلا تثبت له الولاية كالاجنبي ولأنها ولاية نكاح فلم تجز الوصية بها كولاية الحاكم وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان لها عصبية لم تجز الوصية بنكاحها لأنه يسقط حقهم بوصيته وإن لم يكن عصبية جاز له عدم ذلك

ولنا أنها ولاية للاب فجازت وصيته بها كولاية المال وما ذكره يبطل بولاية المال ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته فيكون نائبه قائماً بمقامه فجاز أن يستنيب فيها بعد موته كولاية المال فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية سواء كان مجبراً كالاب أو غير مجبر كالأخ ووصي كل ولي يقوم مقامه فإن كان الولي له الإيجاب فكذلك لوصيه وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك لأنه قائم مقامه فهو كالوكيل وقال مالك إن عين الاب الزوج ملك أجبارها صغيرة كانت أو كبيرة وإن لم يعين الزوج وكانت بنته كبيرة صحت الوصية فاعتبر إذنها وإن كانت صغيرة انتظرنا بلوغها فإذا أذنت جاز أن يزوجه بأذنها

ولنا أن من ملك التزويج إذا عين له الزوج ملك مع الإطلاق كالوكيل ومتى زوج وصي الاب الصغيرة فبلغت فلا خيار لها لأن الوصي قائم مقام الموصي فلم يثبت في تزويجها خيار كالوكيل

على أربع قبل الظاهر وأن لا تنكح امرأة في عدة أخنها وروى عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع ماؤه في رحم أختين » وروى عن أبي الزناد قال كان الوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البتة وتزوج قبل أن تحمل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء وليس كلهم غاب عنه قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأبى شيء بقي؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجعاً ولأنها معتدة في حقه أشبهت الرجعية وفارق المطلقة قبل الدخول بها .

(فصل) ولو أسلم زوج المحوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بعب أو إفسار أو غيره لم يكن له أن يتزوج أحداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل وإن أسلمت زوجته فتزوج أختها في عدتها ثم أسلم في عدة الأولى اختار منها واحدة كما لو تزوجها معا وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى بانث وثبت نكاح اثنتان (فصل) إذا اعتق أم الولد أو أمة كان يصحبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضي استبرأؤها نص عليه أحمد في أم الولد وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لأنها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح ولنا أنها معتدة منه فلم يجوز له نكاح أختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلًا في عهرم من جمع ماؤه في رحم أختين ولا ينم من نكاح أربع سواها

(فصل) ومن لم تثبت له الولاية لا يصح توكيله لأن وكيه قائم مقامه فإن وكاه الولي في تزويج موليته لم يصح لأنها ولاية ليس هو من أهلها ولأنه لما لم يملك تزويج مناسبتها بولاية النسب فلان لا يملك مناسبة غيره بالتوكيل أولى ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفسق والعبي المميز في العقد لأنهم من أهل اللفظ به وعباراتهم فيه صحيحة ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم وإنما سلبوا الولاية لأنه يعتبر لها السكال ولا حاجة إليه في اللفظ وإن وكاه الزوج في قبول النكاح صح وكذلك إن وكاه الأب في قبول النكاح لابنه الصغير لأنه يصح قبولهم لأنفسهم فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم كالباع وقال بعض أصحابنا لا يصح لأنه أحد طرفي العقد أشبه الإيجاب والأول أولى

﴿ مسألة ﴾ (وإذا استوى الأولياء في الدرجة كالأخوة والأعمام وبنيهم صح التزويج من كل

واحد منهم لأن سبب الولاية موجود في واحد منهم)

﴿ مسألة ﴾ (والأولى تقديم أكبرهم وأفضلهم)

لأن النبي ﷺ لما تقدم بحبسة وحبوسة وعبد الرحمن بن سهل فتكلم عبد الرحمن بن سهل وكان أصغرهم فقال النبي ﷺ « كبر كبر » أي قدم الأكبر فتكلم حبوسة ولأنه أحوط للعقد في اجتماع شروطه والنظر في الحظ فإن تشاحوا أقرع بينهم لأنهم تساوا في الحق وتقدر الجمع فيقرع

ومنعه زفر وهو غلط لان ذلك جائز قبل اعتاقها فبعده أولى
(فصل) ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن ومنعه أبو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا أنه عادم للطول خائف للعت فأيح له نكاحها لقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية ولا نسلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة بل يجوز إذا تحقق الشرطان
(فصل) وان زنا بامرأة فليس له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح فان زنا بأخت امرأته فقال أحد بمسك عن وطء امرأته حتى نجبض ثلاث حيض وقد ذكر عنه في المزي بها أنها تستبرئ بحبضة لأنه وطء من غير نكاح ولا أحكامه أحكام النكاح ويحتمل أن لا يحرم بذلك أختها ولا أربع سواها لأنها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك الميم لا يمنع أربعاً سواها

(فصل) وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته باقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبت أبيح له نكاح أختها وأربع سواها في الظاهر فأما في الباطن فيبني على صدقه في ذلك لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها ونفي النسب لأنه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لأنه قول

ينهم كالمرأس وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفراً أفرع بين نسائه لتساوي حقوقهن كذا هذا

﴿مسئلة﴾ (فان سبق غير من وقعت له القرعة فزوج صح تزويجه في أقوى الوجهين اذا زوج كفؤاً باذن المرأة)

لانه تزويج صدر من ولي كامل الولاية بأذن موليته فصح كما لو انفرد وإعما القرعة لازالة المشاحنة وفيه وجه اخر انه لا يصح ذكره أبو الخطاب فلم يصح تزويجه كالأب مع الاقرب
﴿مسئلة﴾ (واذا زوج الوليان اثنين ولم يعلم السابق منهما فسخ النكاحان)

وجملة ذلك ان المرأة إذا كان لها وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها جازسواء أذنت في رجل معين أو مطلقاً فإذا زوجها الوليان لرجلين وعلم السابق منهما فالتكاح له سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل وهذا قول الحسن والزهري وقنادة وابن سيرين والاوزاعي والثوري والشافعي وأبي عبيد وأصحاب الرأي وبه قال عطاء ومالك ما لم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى لقول عمر رضي الله عنه اذا أنكح الوليان فالاول أحق ما لم يدخل بها الثاني فان دخل بها الثاني صار أولى ولان الثاني اتصل بعقده القبض فكان أحق

ولنا ما روي سمرة وعقبة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أيما امرأة زوجها وليان فهي للاول

واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياسا لاحدهما على الآخر وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقا كذبا ولنا انه قول يتضمن إبطال حق لغيره وحقا له لا ضرر على غيره فيه فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبدا ثم أقر أن البائع كان أعتقه صدق في حريته ولم يصدق في الرجوع بثمنه وكما لو أقر أن امرأته أخذته من الرضاع قبل الدخول صدق في بيتوتها ونحرها عليه ولم يصدق في سقوط مهرها .

(مسئلة) قال (ومن خطب امرأة فزوج بنيرها لم ينقذ النكاح)

معنى ذلك أن يخطب الرجل امرأة حينها فيجاب الى ذلك ثم يوجب له النكاح في غيرها وهو يعتقد أنها التي خطبها فيقبل فلا ينقذ النكاح لان القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه فلم يصح كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بنير علم المشتري فلو علم الحال بعد ذلك فوضي لم يصح ، قال احمد في رجل خطب جارية فزوجوه أختها ثم علم بعد يفرق بينها ويكون الصداق على وليها لانه غره ويجوز اليه أختها التي خطبها بالصداق الاول فان كانت تلك قد ولدت منه يلحق به الولد وقوله يجوز اليه أختها يعني والله أعلم بعقد جديد بعد انقضاء عدة هذه إن كان أصابها لان العقد الذي

أخرج حديث سمرة أبو داود والترمذي وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة وروي نحو ذلك عن علي وشريح ولان الثاني زوج امرأة في عصمة زوج فكان باطلا كما لو علم الحال ولانه نكاح باطل لو غري عن الدخول فكان باطلا وإن دخل كنكاح المعتدة وأما حديث عمر فلم يصححه أصحاب الحديث وقد خالفه قول علي وجاء على خلاف قول النبي صلى الله عليه وسلم وما ذكروه من القبض لا معنى له فان النكاح يصح بغير قبض مع أنه لا أصل له فيقاس عليه ثم يبطل كسائر الانكحة الفاسدة

(فصل) فان دخل بها الثاني وهو لا يعلم انها ذات زوج فرق بينها وكان لها عليه مهر مثلها ولم يصحبها زوجها حتي تحيض ثلاث حيض بعد وطئها من الثاني فأما ان علم الحال قبل وطء الثاني لها فلتها تدفع الى الاول ولا شيء على الثاني لان عقده عقد باطل لا يوجب شيئا فان وطئها الثاني وهو لا يعلم فهو وطء بشبهة يجب لها به المهر وترد الى الاول ولا يحمل له وطؤها حتي تنقضي عدتها وهو قول قتادة والشافعي وابن المنذر قال أحمد لها صداق بالميسر وصداق من هذا ولان رد الصداق الذي يوجد من الداخل بها على من دفعت اليه لان الصداق في مقابلة الاستمتاع فكان لها دون زوجها كما لو وطئت بشبهة أو مكرهه ولا يحتاج النكاح الثاني الى فسخ لانه باطل ولا يجب لها المهر الا بالوطء دون مجرد الدخول والوطء دون الفرج لانه نكاح باطل لاحكم له ويجب مهر المثل لانه يجب بالاصابة بالالتسمية وذكر أبو بكر أن الواجب المسمى قال القاضي هو قياس المذهب والاول هو الصحيح لما قلنا

عقده لم يصح في واحدة منها لان الايجاب صدر في احدهما والقبول في أخرى فلم ينعقد في هذه ولا في تلك فان اتفقوا على تجديد عقد في احدهما أيتما كان جاز،

وقال أحمد في رجل تزوج امرأة فأدخلت عليه أختها لها المهر بما أصاب منها ولاختها المهر قيل يلزمه مهران ؟ قال نعم ويرجع على وليها هذه مثل التي بها برص أو جذام علي يقول ليس عليه غرم وهذا ينبغي أن يكون في امرأة جاهلة بالحال أو بالتحريم ، أما إذا علمت أنها ليست زوجة وأنها محرمة عليه وأمكنته من نفسها فلا ينبغي أن يجب لها صداق لانها زانية تطاوعه ، فأما إن جهلت الحال فلها المهر ويرجع به على من غره . وروى عن علي رضي الله عنه في رجلين تزوجا امرأتين فزفت كل امرأة إلى زوج الاخرى لهما الصداق ويهتزل كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها وبه قال النخعي والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي

(فصل) من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين لان كل عاقد ومعهود عليه يجب تعيينهما كالشترعي والمبيع ثم ينظر فان كانت المرأة حاضرة فقال زوجتك هذه صح فان الاشارة تكفي في التعيين ، فان زاد على ذلك فقال بنتي هذه أو هذه فلانة كان تأكيداً وإن كانت غائبة فقال زوجتك بنتي وليس له سواها جاز فان سماها باسمها مع ذلك كان تأكيداً فان كان له ابنتان أو أكثر فقال زوجتك ابنتي لم يصح حتى يضم الى ذلك ما يتميز به من اسم أو صفة فيقول زوجتك ابنتي الكبرى أو الوسطى

مسئلة (فان جهل الاول منها فسخ النكاحان)

ولا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعها أو يعلم أن احدهما قبل الآخر لا بعينه أو بعينه ثم بشكل والحكم في جميعها واحد وهو ان يفسخ الحاكم النكاحين جميعاً نص عليه أحمد في رواية الجماعة ثم يتزوج من شاء منها أو من غيرها وعن أحمد رواية أخرى أنه يقرع بينهما فن وقعت له الفرعة أمر صاحبه بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه لانه ان كانت زوجته لم يضره تجديد النكاح وان كانت زوجة الآخر بانت بالطلاق وصارت زوجة هذا بعقده الثاني لان الفرعة تدخل لتميز الحقوق عند التساري كالسفر باحدى نسائه والبدابة بالمبيت عند احدهما وتعتبر الانصاء في القسمة وقال الثوري وأبو ثور يخيرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلاقاً فان أياً فرق بينهما وهو قريب من القول الاول لانه تمذر امضاء العقد الصحيح فوجب ازالة الضرر بالتفريق ، وقال الشافعي وابن المنذر النكاح مفسوخ لانه تمذر امضاؤه ولا يصح هذا فان العقد الصحيح لا يبطل بمجرد اشكاله كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن فان العقد لا يزول الا بفسخه كذا هنا ، وروى عن شريح وعمر بن عبد العزيز وحماد بن أبي سليمان أنها تخير فأيهما اختارت فهو زوجها وهذا فاسد فان أحدهما ليس بزوجة لها فلم تخير بينهما كما لو لم يعقد الا أحدهما أو كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء أو على المرأة زوجها إلا أن يريدوا بقولهم إنها إذا اختارت أحدهما فرق بينهما وبين الآخر ثم عقد المختار نكاحها فهذا حسن فانه

أو الصغرى فإن سماها مع ذلك كان تأييداً ، وإن قال زوجتك ابنتي عائشة أو فاطمة صح ، وإن كانت له ابنة واحدة اسمها فاطمة فقال زوجتك فاطمة لم يصح لأن هذا الاسم مشترك بينهما وبين سائر الفواطم حتى يقول مع ذلك ابنتي

وقال بعض الشافعية يصح إذا نويها جميعاً وليس بصحيح لأن النكاح تعتبر فيه الشهادة على وجه يمكن ادائها إذا ثبت به العقد وهذا متعذر في النية فلذلك لو قال زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يميزها بلفظه ، وإن قال زوجتك فاطمة ابنة فلان احتاج أن يرفع في نسبها حتى يباين ما تتميز به عن النساء

(فصل) فإن كان له ابنتان كبرى اسمها عائشة وصغرى اسمها فاطمة فقال زوجتك ابنتي عائشة وقبل الزوج ذلك وهما بنويان الصغرى لم يصح ذكره أبو حنص ، وقال القاضي يصح في التي نويها وهذا غير صحيح لوجهين :

(أحدهما) أنهما لم يتلفظا بما يصح العتد بالشهادة عليه فأشبه ما لو قال زوجتك عائشة فقط أو ما لو قال زوجتك ابنتي ولم يسمها ، وإذا لم يصح فيما إذا لم يسمها فغياً إذا سماها بغير اسمها أولى أن لا يصح .

(والثاني) أنه لا يصح النكاح حتى تذكر المرأة بما تدبّر به ولم يوجد ذلك فإن اسم أختها

فإنه يستغنى بالتفريق بينهما وبين أحدهما عن التفريق بينهما وبينهما جميعاً ويفسخ أحد النكاحين عن فسخهما فإن أبت أن تختار لم يجبر وكذلك ينبغي إذا قرع بينهما فوقت القرعة لأحدهما لم يجبر على نكاحه لأنه لا يعلم فيتمين إذا فسخ النكاحين ولها أن تزوج من شاءت منهما أو من غيرها في الحال إن كان قبل الدخول وبعد انقضاء العدة إن كان دخل بها أحدهما

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالعقد ولا بينة لهما لم يقبل قولهما فإن أقرت المرأة لأحدهما لم يقبل إقرارها نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي يقبل كما لو أقرت ابتداء .

ولنا أن الخصم الزوج الآخر في ذلك فلم يقبل في إبطال خفه كما لو أقرت عليه بطلاق فإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما فأنكرت لم تستحلف لذلك وقال أصحاب الشافعي تستحلف بناء منهم على أن إقرارها مقبول فإن فرق بينهما وبين أحدهما لاختيارها لصاحبه أو لوقوع القرعة له وأقرت له أن عقده سابق فينبغي أن يقبل إقرارها لأنها اتفقا على ذلك من غير خصم منازع فأشبه ما لو لم يكن صاحب عقد آخر

(فصل) وإن علم أن العقدين وقعا لم يسبق أحدهما الآخر فهما باطلان لا حاجة إلى فسخهما لأنهما باطلان من أصلهما ولا مهر لهما على واحد منهما ولا ميراث لهما منهما ولا يرثها واحد منهما لذلك وإن لم يعلم

لا يميزها بل يصرف العقد عنها، وإن كان الولي يريد الصغرى والزوج يقصد الصغرى لم يصح كسئلة الحرقى فيما إذا خطب امرأة وزوج غيرها لأن القبول انصرف الى غير من وجد الايجاب فيه وبمقتضى أن يصح إذا لم يتقدم ذلك ما يصرف القبول الى الصغرى من خطبة ونحوها فإن العقد بالفظه متناول للصغرى ولم يوجد ما يصرفه عنها فصح كالأول ولو نوى الولي الصغرى والزوج الكبرى أو نوى الولي الكبرى ولم يدر الزوج أيتهما هي فعلى الأول لا يصح التزويج لعدم النية منها في التي يتناولها لفظها وعلى الاحتمال الذي ذكرناه يصح في المعينة باللفظ لما ذكرناه

(فصل) فإن كان له ابنة واحدة فقال لرجل زوجتك ابنتي وسماها بغير اسمها فقال القاضي يصح وهو قول أصحاب الشافعي لأن قوله بنتي أكد من التسمية لأنها لا مشاركة فيها والاسم مشترك ولو قل زوجتك هذه وأشار إليها وسماها بغير اسمها يجب أن يصح على هذا التعليل

(فصل) ولو قال زوجتك حل هذه المرأة لم يصح لأنه لم يثبت له حكم البنات قبل الظهور في غير الارث والوصية ولأنه لم يتحقق أن في البطن بنتاً فأشبه ما لو قال زوجتك من في هذه الدار وهما لا يعلمان ما فيها ولو قل إذا ولدت امرأتي بنتاً زوجتكها لم يصح لأنه تعليق للنكاح على شرط والنكاح لا يتعلق على شرط ولأن هذا مجرد وعد لا ينعقد به عقد

ذلك فسخ نكاحهما فروي عن أحمد أنه يجب لها نصف المهر ويقترعان عليه لأن عقد أحدهما صحيح وقد انفسخ بنكاحه قبل الدخول فوجب عليه نصف مهرها كالأول خالفها وقال أبو بكر لا مهر لها لأنها مجبران على الصداق فلم يلزمها مهر كالأول فسخ الحاكم نكاح رجل لمرثته أو غيبته وإن مات قبل الفسخ أو الطلاق فلا أحدهما نصف ميراثها فيوقف الأمر حتى يصطاحا عليه وقيل يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث وإن مات الزوجان فلها ربع ميراث أحدهما فإن كانت قد أقرت أن أحدهما سابق بالعقد فلا ميراث لها من الآخر وهي تدعي ميراث من أقرت له فإن كان أحدهما قد ادعى ذلك أيضاً دفع إليها ربع ميراثه وإن لم يكن ادعى ذلك وأنكر الورثة فالقول قولهم مع إيمانهم فإن نكلوا قضى عليهم وإن لم تكن المرأة أقرت بسبق أحدهما احتمل أن يحلف ورثة كل واحد منهما واحتمل أن يقرع بينهما فمن خرجت فلها ربع ميراثه وقد روى حنبل عن أحمد أنه سئل عن رجل له ثلاث بنات زوج إحداهن من رجل ثم مات الأب ولم يعلم أيتهن زوج يقرع بينهما فأيتين أصابتهما القرعة فهي زوجته وإن مات الزوج فهي التي ترثه

(فصل) فإن ادعى كل واحد منهما أنه السابق فأقرت لأحدهما ثم فرق بينهما وقتلنا بوجوب المهر وجب على المقر له دون صاحبه لا قراره لها به وإقرارها ببراءة صاحبه وإن ماتا ورثت المقر له دون صاحبه لذلك وإن ماتت هي قبها احتمل أن يرثها المقر له كما ترثه واحتمل أن لا يقبل إقرارها له كما لم يقبله في نفسها وإن لم تقر لأحدهما إلا بعد موته فهو كما لو أقرت في حياته وليس لورثة

(مسئلة) قال (واذا تزوجها وشرط لها ان لا يخرجها من دارها وبلدها فلها شرطها لما روي عن النبي ﷺ انه قال « احق ما أوفيت به من الشروط ما استحللتم به الفروج » وان تزوجها وشرط لها ان لا يتزوج عليها فلها فراقه اذا تزوج عليها)

وجملة ذلك أن الشروط في النكاح تنقسم أقساماً ثلاثة (أحدها) ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته . مثل أن يشترط لها أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أولاً يسافر بها أولاً يتزوج عليها ولا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء لها به فان لم يفعل فلها فسخ النكاح بروى هذا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر ابن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاذريعي واسحاق ، وأبطل هذه الشروط الزهري وقاتادة وهشام بن عروة ومالك واليث واثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابو حنيفة والشافعي ويفسد المهر دون العقد ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه وقال النبي ﷺ « المسلمون على شروطهم الا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً » وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولان هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبن على التغليب والمراية فكان فاسداً كما لو شرطت أن لا تنلم نفسها

ولنا قول النبي ﷺ « ان أحق ما أوفيت به من الشروط ما استحللتم به الفروج » رواه سعيد وفي

واحد منهما الانكار لاستحقاقها لان موروثه قد أقر لها بدعوى صحة نكاحها وسبقه بالعقد عليها وان لم تقر لواحد منهما أفرع بينهما وكان لها ميراث من تقع القرعة عليه وان كان أحدهما قد أصابها وكان هو المقر له أو كانت لم تقر لواحد منهما فلها المسمى لأنه مقر لها به وهي لا تدعي سواء ، وان كانت مقرة للآخر فهي تدعي مهر المثل وهو يقر له بالمسمى . فان استويا أو اصطاحا فلا كلام ، وان كان مهر المثل أكثر حلف على الزائد وسقط وان كان المسمى لها أكثر فهو مقر لها بالزيادة وهي تنكرها فلا تستحقها

(مسئلة) (واذا زوج السيد عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد لأنه ملك بحكم الملك لايحكم الاذن في قولهم جميعاً

فان كان مالكا لاحد طرفي العقد فملكه ملك الطرف الآخر فيه أو ملكه المولى في الإيجاب والزوج في القبول خرج فيه وجهان بناء على الروايتين اللتين نذكرهما في المسئلة التي تليها لانه ملك ذلك بالاذن وان زوج ابنته الكبيرة عبده الصغير لم يحز ذلك إلا برضاها لأنه يكافئها ويخرج فيه أيضا وجهان وان زوجة ابنته الصغيرة لم يحز لأنه لا يجوز له تزويجها بمن لا يكافئها وعنه يجوز

فإن أحق الشروط أن توفرا بها ما استحل لهما به الفروج «متفق عليه وأيضاً قول النبي ﷺ المسلمون على شروطهم ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفاً في عصرهم فتعان اجماعاً وروى الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشروط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل إذا تطلقنا فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع المنصود من النكاح فكان لازماً كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد وقوله عليه السلام «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع، وقد ذكرنا ما دل على مشروعيته على أن الخلاف في مشروعيته وعلى من نفي ذلك الدليل، وقولهم إن هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالاً وإنما ثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها، وقولهم ليس من مصلحتها قلنا لا نسلم ذلك فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين في البيع ثم يبطل بالزيادة على مهر المثل بشرط غير نقد البلد

إذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف لها به فلها الفسخ ولهذا قال الذي قضى عليه عمر بلزوم الشرط إذا تطلقنا فلم يلتفت عمر إلى ذلك وقال مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط لازم في عقد فثبت حق الفسخ بتوك الوفاة به كالرهن والضمين في البيع

(فصل) فإن شرطت عليه أن يطلق ضررتها لم يصح الشرط لما روى أبو هريرة قال نهى النبي ﷺ أن تشرط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال «لا نسأل المرأة طلاق أختها لنكح

(مسئلة) (وكذلك ولي المرأة مثل ابن الدم والمولى والحاكم إذا أذنت له في تزويجها وعنه لا يجوز حتى توكل في أحد الطرفين)

وجملة ذلك أن ولي المرأة التي يحل له نكاحها إذا أذنت له أن يتزوجها فله ذلك وهل له أن يلي طرفي العقد بنفسه؟ فيه روايتان (إحداهما) له ذلك وهو قول الحسن وابن سيرين وربيعة ومالك والثوري وأبي حنيفة وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لما روى البخاري قال: قال عبد الرحمن بن عوف لام حكيم امرأة قارض أنجملين أمرك إلي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك لأنه يملك الإيجاب والقبول فجاز أن يتولاهما كما لو زوج أمته عبده الصغير ولأنه عقد وجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية والقبول من زوج هو أهل للقبول فصح كما لو وجدا من رجلين، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صبية وجعل عتقها صداقها، فإن قيل فقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح: زوج وولي وشاهدان» قلنا هذا لا تفرق صحته ولو صح كان مخصوصاً بما إذا زوج السيد عبده الصغير أمته فيتعدى التخصيص إلى محل النزاع وهو يقتصر إلى ذكر الإيجاب والقبول، وهل يكفي بمجرد

والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ولأنها شرطت عليه ففسخ عقده وإبطال حقه وحق امرأته فلم يصح كما لو شرطت عليه ففسخ بيعه. وقال أبو الخطاب هو شرط لازم لأنه لا ينافي العقد ولها فيه فائدة فأشبهه ما لو شرطت عليه أن لا يتزوج عليها ولم أر هذا لفيره ، وقد ذكرنا ما يدل على فساد ، وعلى قياس هذا لو شرطت عليه ديم أمته

(القسم الثاني) ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها أو أن لا ينفق عليها أو أن أصدقها رجع عليها ، أو تشترط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو يقسم لها أقل من قسم صاحبته أو أكثر أو لا يكون عندها في الليلة إلا ليلة أو شرط لها النهار دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئا ، فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضى العقد ، ولأنها تتضمن إسقاط حقوق نجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فصحيح لأن هذه الشروط تعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطل كما لو شرط في العقد صداقا محرما ، ولأن النكاح يصح مع الجهل بالأمور فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالصالح فقد نص أحمد في رجل تزوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجعت وقالت لأرضي إلا ليلة وليلة فقال : لها أن تنزل بطيب نفس منها فإن ذلك جائز وإن قالت لأرضي إلا بالمقاسمة كان ذلك حقا لها تطالبه إن شئت

ونقل عنه الأثر في الرجل يتزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها في الأيام يجوز الشرط فإن شئت رجعت . وقال في الرجل يتزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم :

الإيجاب ؟ فيه وجهان (أحدهما) يحتاج أن يقول زوجت نفسي فلانة وقبلت هذا النكاح لأن ما انفقر إلى الإيجاب افتقر إلى القبول كسائر العقود (والثاني) يكفي فيه أن يقول زوجت نفسي فلانة أو تزوجت فلانة وهو قول مالك وأبي حنيفة لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولأن إيجابه يتضمن القبول فأشبهه إذا تقدم الاستدعاء ولهذا قلنا إذا قال لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك انعقد النكاح مجرد هذا القول (والرواية الثانية) لا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولكن يوكل رجلا بزوجه إياها باذنها ذكرها الحرقي قال أحد في رواية ابن منصور لا يزوج نفسه حتى يولي رجلا على حديث المغيرة بن شعبة وهو ما روى أبو داود بإسناده عن عبد الملك بن عمير أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا بزوجه امرأة المغيرة أولى بهامنه ولأنه عقد ملكة بالاذن فلم يجز أن يتولى طرفيه كالبيع ولهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير وعلى هذه الرواية لو وكل من يقبل النكاح له وتولى هو الإيجاب جاز وقال الشافعي في ابن العم والمولى لا يزوجهما إلا الحاكم ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد ولأن يوكل من يزوجه لأن وكيله بمنزلة وهذا عقد ملكة بالاذن فلا يتولى طرفيه كالبيع ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من أوليائها لأنه لا ولاية لهم مع وجوده

ولنا ما ذكرنا من فعل الصحابة ولم يظهر خلافه ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لفيره

النكاح جائز ولما أن ترجع في هذا الشرط . وقد نقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط . يحتمل إبطال العقد نقل عنه المروذي في النهاريات واللبليات : ليس هذا من نكاح أهل الإسلام ، ومن كره تزويج النهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة

وقال الثوري : الشرط باطل وقال أصحاب الرأي إذا سأله أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يربان بنكاح النهاريات بأسا . وكان الحسن لا يرى بأسا أن يزوجهما على أن يجعل لها في الشهر أياما معلومة ، ولعل كراهة من كره ذلك راجع إلى إبطال الشرط وإجازة من أجازته راجع إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وإبطال الشرط كقولنا والله أعلم

وقال القاضي إنما كره أحمد هذا النكاح لأنه يقع على وجه السر ونكاح السر منهي عنه فإن شرط عليه ترك الوط . احتمل أن يفسد العقد لأنه شرط بنافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي وكذلك أن شرط عليه أن لا نسلم إليه فهو بمنزلة ما لو اشترى شيئا على أن لا يقبضه . وإن شرط عليها أن لا يطأها لم يفسد لأن الوط . حقه عليها وهي لا تملكه عليه ويحتمل أن يفسد لأن لها فيه حقا ولذلك تلك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجلب والعنة

(القسم الثالث) ما يبطل النكاح من أصله مثل أن يشترطا نأفيت النكاح وهو نكاح المتعة أو أن يطلقها في وقت بيمينه أو يطلقه على شرط . مثل أن يقول زوجتك إن رضيت أمها أو فلان أو بشرط الخيار في النكاح لها أو لاحدهما فهذه شروط باطلة في نفسها ويبطل بها النكاح وكذلك إن جعل صداقها تزويج امرأة أخرى وهو نكاح الشغار ونذكر ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى

فصح أن يليه عليها له إذا كانت نخل له كالامام إذا أراد أن يزوج موليته ولأن هذه امرأة لها ولي حاضر غير عاضل فلم يليه الحاكم كما لو أراد أن يزوجهما غيره ، ومفهوم قوله عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي له» أنه لا ولاية له على هذه والبيع ممنوع فإن الوكيل يجوز أن يشتري ما وكل في بيعه بإذن الموكل (فصل) فأما إن أذنت له في تزويجها ولم تعين الزوج لم يحجز أن يزوجهما نفسه لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره ويجوز تزويجها لولده لأنه غيره فإن زوجها لابنه الكبير قبل لنفسه وإن زوجها لابنه الصغير ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد فإن قلنا لا يتولاه فوكل رجلا زوجها لولده وقبل هو النكاح له انتقل إلى أذن الوكيل على ما قدمنا في أن الوكيل لا يزوجهما إلا بأذنهما وإن وكل رجلا يقبل النكاح لولده وأوجب هو النكاح لم يحتج إلى أذنهما لأنها قد أذنت له

﴿مسئلة﴾ (وان قال السيد لامته أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح فإن طلقها قبل الدخول

رجع عليها بنصف قيمتها وكذلك أن قال جعلت عتق أمي صداقها)

ظاهر المذهب أن الرجل إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها فهو نكاح صحيح نص عليه أحمد في رواية جماعة روي ذلك عن علي رضي الله عنه وفعله أنس بن مالك وبه قال سعيد بن المسيب وأبو

وذكر ابر الخطاب فيما إذا شرط الخيار ان رضيت أمها أو ان جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما رواه ابن (أحدهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما إذا شرط الخيار، وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أنه لا خلاف فيها، وقال ابن المنذر قال أحمد واسحاق إذا تزوجها على أنه ان جاء بالمهر في وقت كذا وكذا ولا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والاوزاعي وروى ذلك عن الزهري، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا أن العقد والشرط جائزان لقوله عليه السلام «المستعوضون على شروطهم»

(والرواية الأخرى) يبطل العقد من أصله في هذا كله لأن النكاح لا يكون إلا لازماً وهذا يوجب جوازه، ولأنه إذا قال ان رضيت أمها أو ان جئتني في وقت كذا فقد وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهذا قول لأشانهي رحمه الله عن مالك وأبي عبيد

(فصل) وإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لأن النكاح يفرد عن ذكر الصداق ولو كان الصداق حراماً أو فاسداً لم يفسد النكاح فلأن لا يفسد بشرط الخيار فيه أولى ويخالف البيهقانه إذا فسد أحد العوضين فيه فسد الآخر. فإذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه

(أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لأن عقد الصداق عقد مفرد يجري مجرى الأمان فثبت فيه الخيار كإلياقات (والثالث) يبطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم يوافق على شيء.

سنة بن عبد الرحمن والحسن والزهري واسحاق

(فصل) وعنه لا يصح حتى يستأنف نكاحها باذنها فإن أثبت فعليها قيمتها قال الأوزاعي يلزمها أن تزوجه وروى المروزي عن أحمد إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقها يوكل رجلاً يزوجه، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة النكاح قال أبو الخطاب هي الصحيحة واختارها القاضي وابن عقيل وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومالك لأنه لم يوجد إيجاب وقبول فلم يصح لعدم أركانها كما لو قال أعتقتك وسكت ولأنها بالعتق تملك نفسها فيجب أن يعتبر رضاها كما لو فصل بينها ولأن العتق يزيل ملكه عن الاستمتاع بحكم الملك فلا يجوز أن يستبيح الوطء بنفس المسمى فإنه لو قال بعتك هذه الأمة على أن تزوجنيها بالثمن لم يصح ولنا ما روى أنس أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها متفق عليه وفي لفظ أعتقها وتزوجها فقلت يا أبا حمزة وما أصدقها؟ قال نفسها عتقها وروى الأثرم بإسناده عن صفية قالت أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول إذا أعتق الرجل أم ولده فجعل عتقها صداقها فلا بأس بذلك. ومتى ثبت العتق صداقاً ثبت النكاح لأن الصداق لا يتقدم النكاح ولو تأخر العتق عن النكاح لم يجز فدل على أنه انعقد بهذا اللفظ ولأنه لم ينقل عن النبي ﷺ أنه استأنف عقداً ولو استأنفه لظهر ونقل كما نقل غيره ولأن من جازله تزويج امرأة

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أراد أن يتزوج امرأة فله أن ينظر اليها من غير أن يخلو بها)

لا تعلم بين أهل العلم خلافا في إباحة النظر الى المرأة لمن أراد نكاحها وقد روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل» قال فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني الى نكاحها فتزوجتها. رواه أبو داود وفي هذا أحاديث كثيرة سوى هذا، ولأن النكاح عقد يقتضي التملك فكان للعائد النظر الى المعتدة عليه كالنظر الى الامة المستامة ولا بأس بالنظر اليها باذنها وغير اذنها لان النبي ﷺ أمرنا بالنظر وأطلق وفي حديث جابر فكنت أتخبأ لها، وفي حديث عن المغيرة بن شعبه أنه استأذن أوريا في النظر اليها فكرهاه فأذنت له المرأة رواه سعيد. ولا يجوز له الخلوة بها لانها محرومة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم ولانه لا يؤمن مع الخلوة بمواقعة المحظور فان النبي ﷺ قال «لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان» ولا ينظر اليها نظرة تلهذ وشهوة ولا لريبة قال أحمد في رواية صالح ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر اليها ويتأمل محاسنها لان المقصود لا يحصل إلا بذلك.

(فصل) ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر الى وجهها وذلك لانه ليس بعورة وهو عجم المحاسن وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى ما لا يظهر عادة، وحكى عن الاوزاعي أنه ينظر الى مواضع اللحم، وعن داود أنه ينظر الى جميعها لظاهر قوله عليه السلام «انظر اليها»

لغيره من غير قرابة جاز له أن يتزوجها كالأمام وقولهم لم يوجد إيجاب ولا قبول عديم الاثر فانه لو وجد لم يحكموا بصحته وعلى أنه إذا لم يوجد فقد وجد ما يدل عليه وهو جعل العتق صداقا فأشبه ما لو تزوج امرأة هو وليها ولو قال الخاطب للولي ازوجت قال نعم صح عند أصحابنا وكألو أنى بالكنايات عند أبي حنيفة ومن وافقه

(فصل) ولا فرق بين أن يقول أعتقتك وجعلت عتقك صداقك وتزوجتك أو لا يقول وتزوجتك وكذلك قوله وجعلت عتقك صداقك وجعلت صداقك عتقك كذلك ذكره الحرقى ونص أحمد في رواية صالح إذا قال جعلت عتقك صداقك أو صداقك عتقك كان ذلك جائزا، وبشروط لصحة النكاح أن لا يكون بينهما فصل فلو قال، أعتقتك وسكت سكوتا يكمنه الكلام فيه أو تكلم بكلام أجبي لم يصح النكاح لأنها صارت بالعتق حرة فتحتاج الى أن يتزوجها برضاها بمقد وصادق جديد ولا بد من حضور شاهدين إذا قلنا باشتراط الشهادة في النكاح نص على ذلك في رواية الجماعة لقوله لانكاح إلا بولي وشاهدين.

(فصل) وإذا قلنا بصحة النكاح فطابقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمتها لان الطلاق قبل

ولنا قول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) وروى عن ابن عباس أنه قال الوجه وبطن الكف ولأن النظر محرم أبيع للحاجة فيختص بما تدعو الحاجة اليه وهو ما ذكرنا والحديث مطلق ومن ينظر إلى وجه إنسان سمي ناظراً اليه ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائياً له كما قال الله تعالى (وإذا رأيتم تعجبك أجسامهم * وإذا رأيك الذين كفروا) فأما ما يظهر غالباً سوى الوجه كالسكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايةان .

[أحدهما] لا يباح النظر اليه لانه عورة فلم يبح النظر اليه كالذي لا يظهر فإن عبداً روى أن النبي ﷺ قال «المرأة عورة» حديث حسن ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه فبقي ما عداه على التحريم [والثانية] له النظر إلى ذلك قال أحد في رواية حنبل لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك قل أبو بكر لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاضرة وقال الشافعي ينظر إلى الوجه والسكفين ووجه جواز النظر ما يظهر غالباً أن النبي ﷺ لما أذن في النظر إليها من غير علمها لم يأن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة إذ لا يمكن أفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور ولأنه يظهر غالباً فأبيع النظر اليه كالوجه ولأنها امرأة أبيع له النظر إليها بأمر الشارع فأبيع النظر منها إلى ذلك كذوات المحارم وقد روى سعيد عن صفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغراً فقالوا له إنما ردك فعارده فقال نرسل بها إليك تنظر إليها فرضيها فكشف عن ساقها فقالت ارسل لولا أنك أمير المؤمنين لأطمت عينك بها (فصل) ويجوز للرجل أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالباً كالرقبة والرأس والسكفين

الدخول بوجب الرجوع في نصف ما فرض لها وقد فرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله فرجع بنصف قيمة نفسها وبهذا قال الحسن والحكم وقال الاوزاعي يرجع بقيمتها ولنا أنه طلاق قبل الدخول فأوجب الرجوع بالنصف كسائر الطلاق وتعتبر القيمة حالة الاعتاق لأنها حالة الاتفاق فإن لم تكن قائمة على نصف القيمة فهل تستسمى فيها أو يكون ديناً تنظر به إلى حالة القدرة؟ على روايتين، وإن قلنا أن النكاح لا ينعقد بهذا القول فعليها قيمة نفسها لأنه أزال ملكه بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمة المفوت كالبيع الفاسد وكذلك إن قلنا أن النكاح انعقد به فارتدت قبله أو فعلت ما يفسخ به نكاحها مثل أن أرضعت زوجة له صغيرة ونحو ذلك انفسخ نكاحها وعليها قيمة نفسها .

(مسئلة) (وإن قال لامته أعتقتك على أن تزوجيني نفسك ويكون عتقك صداقك أو لم يقل ويكون عتقك قبلت عتقت ولم يلزمها أن تزوجه نفسها)

لأنه ساق في نكاح فلم يلزمها كما لو أسلف جرة القاء على أن يتزوجها ولأنه أسقط حقه من الخليل قبل وجود سببه فلم يسقط كالشفيع يسقط شفيعته قبل البيع ويلزمها قيمة نفسها أو ما إليه أحد

والقدمين ونحو ذلك وليس له النظر الى ما يستتر غالباً كالصدر والظهر ونحوهما قال الاثرم سألت أبا عبد الله عن الرجل ينظر إلى شعر امرأة أبيه أو امرأة ابنه فقال هذا في القرآن (ولا يبدن زينتهن) إلا الكذا وكذا قلت ينظر إلى ساق امرأة أبيه وصدرها قال لا يعجبني ثم قال أنا أكره أن ينظر من أمه وأخته إلى مثل هذا وإلى كل شيء لشهوة وذكر القاضي أن حكم الرجل مع ذوات محارمه حكم الرجل مع الرجل والمرأة مع المرأة وقال أبو بكر كراهية أحد النظر إلى ساق أمه وصدرها على الترتي لأن ذلك يدعو إلى الشهوة يعني أنه يكره ولا يحرم ومنع الحسن والشعبي والضحاك النظر إلى شعر ذوات المحارم فروي عن هند ابنة المهلب قالت قلت لأحمد ينظر الرجل إلى قوط أخته وإلى عنقها؟ قال لا ولا كرامة وقال الضحاك لو دخلت على أبي لنت أيتها العجوز غطي شعرك. والصحيح أنه يباح النظر إلى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا لبعوثهن) الآية وقالت سهلة بنت سهيل يا رسول الله إنا كنا نرى سالماً ولداً وكان يأوي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ويراني فضلاً وقد أنزل فيهم ما علمت فكيف ترى فيه؟ فقال لما النبي ﷺ «أرضعيه» فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها رواه أبو داود وغيره وهذا دليل على أنه كان ينظر منها إلى ما يظهر غالباً فإنها قالت براني فضلاً ومعناه في ثياب البذلة التي لا تستر أطرافها

وقال امرؤ القيس

فجئت وقد نضت لنوم ثيابها ولم يبق إلا لبسة المتفضل

ومثل هذا يظهر منه الأطراف والشعر فكان براها كذلك إذا اعتدته ولداً ثم دلهم النبي

في رواية عبد الله وهو مذهب الشافعي لأنه أزال ملكة منها بشرط عوض لم يسلم فاستحق الرجوع بقيمته كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري والتكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول ويحتمل أن لا يلزمها شيء بناء على ما إذا قال لبعده اعتقتك على أن تعطيني الفأ وهذا قول مالك وزفر لأن هذا ليس بلفظ شرط فأشبه ما لو قال أعتقتك وزوجيني نفسك. وتعتبر القيمة حال العتق ويطلبها في الحال إن كانت قادرة عليها وإن كانت معسرة فهل تنظر إلى الميسرة أو تجبر على الكسب؟ على وجهين أصلهما في المفاس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين

(فصل) وإن اتفق السيد والامة على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك صح ولا مهر لها غير ما شرط من العتق وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة والشافعي لا يكون العتق صداقاً لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها وهما يعلمان القيمة صح الصداق

ولنا أن العتق صداقاً في حق النبي صلى الله عليه وسلم فيجوز في حق أمته كالدرهم ولأنه يصلح عوضاً في البيع فإنه لو قال أعتق عبدك على ألف جاز فلا يكون عوضاً في التكاح أولى فإن التكاح لا يقصد فيه العوض، وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباهما صح نص عليه أحمد في رواية عبد الله

ﷺ على ما يستدعون به ما كانوا يستقدونه ويفعلونه

وروى الشافعي في مسنده عن زينب بنت أبي سلمة أنها ارتضعت من أمها امرأة الزبير قالت فكنت أراه أبا وكان يدخل علي وأنا أمشط رأسي فيأخذ ببعض قرون رأسي ويقول اقبلي علي ، ولان التعرض من هذا لا يمكن فأبيح كالوجه وما لا يظهر غالباً لا يباح لان الحاجة لا تدعو إلى نظره ولا تؤمن معه الشهوة ومواقعة المحظور فحرم النظر اليه كما تحمت السرة

(فصل) وذوات محارمه كل من حرم عليه نكاحها على التأييد بنسب أو رضاع أو تحريم المصاهرة بسبب مباح لما ذكرنا من حديث سالم وزينب ، وعن عائشة أن أفلح أخا أبي القعيس استأذن عليها بعد ما أنزل الحجاب فأبت أن تأذن له فقال النبي ﷺ « ايذني له فإنه عمك تربت بيمينك » وقد ذكر الله تعالى آباء بھولتهن وأبناء بھولتهن كما ذكر آباءهن وأبنائهن في إبداء الزينة لهم ، وتوقف أحمد عن النظر الى شعر أم امرأته وبنتها لأنها غير مذكورتين في الآية ، قال القاضي إنما حكي قول سعيد بن جبير ولم يأخذ به ، وقد صرح في رواية المروزي أنه محرم يجوز له المسافرة بها ، وقال في رواية أبي طالب : ساعة يعقد عمدة النكاح فحرم عليه أم امرأته ، فله أن يرى شعرها ومحابتها ليست مثل التي يزني بها لا يحل له أبداً أن ينظر الى شعرها ولا الى شيء من حسنها وهي حرام عليه

(فصل) فأما أم المزني بها وابنتها فلا يحل له النظر اليهن وإن حرم نكاحهن لان تحريمهن بسبب محرم فلم ينفذ إباحة النظر كالحرة بالاعان وكذلك بنت الموطوءة بشبهة وأما ليست من ذوات محارمه وكذلك الكافر ليس يحرم اقراءته المسلمة ، قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت بنته لا يسافر بها

إذا ثبت هذا فان العتق يصير صداقاً كما لو دفع اليها مالا ثم تزوجها عليه فان بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع لم يجبر وكانت له القيمة لأنها اذا لم تجبر على تزويجه نفسها لم يجبر هو على قبولها وحكم المدبرة والمعتق عتقها بصفة وأم الولد حكم الامة القن في جميع ما ذكرنا

(فصل) ولا بأس أن يعتق الرجل الامة ثم يتزوجها سواء أعتقها لوجه الله تعالى أو أعتقها ليتزوجها وكره أنس كره أن يعتق الامة ثم يتزوجها قال نعم ذلك اذا أعتقها الله كره أن يرجع في شيء

ولنا ما روى أبو موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن اليها ثم أعتقها وتزوجها فذلك له أجران » متفق عليه ولانه اذا تزوجها فقد أحسن اليها باعفائها وصياتها فلم يكره كما لو زوجها غيره وليس في هذا رجوع فيما جعل الله فانه إنما يتزوجها بصداقها فهو بمنزلة من اشترى منها شيئاً

(فصل) واذا قال اعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي فاعتقه لم يلزمه ان يزوجه ابنته لانه سلف في نكاح وعليه قيمة عبد وقال الشافعي في احد القولين لا يلزمه شيء لانه لا فائدة له في العتق

ليس هو محرماً لها ، والظاهر انه اراد ليس محرماً لها في السفر أما النظر فلا يجب عليها المحجاب منه لان أبا سفيان أتى المدينة وهو مشرك فدخل على ابنته أم حبيبة فطرت فراش رسول الله ﷺ لتلا مجلس عليه ولم تحتجب منه ولا أمرها بذلك النبي ﷺ

(فصل) وعبد المرأة له النظر الى وجهها وكفيتها اقوال الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم) وروى أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال « إذا كان لاحداكن مكاتب فلك ما يؤدي فاتحتجب منه » قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وعن أبي قلابة قال كان أزواج النبي ﷺ لا يحتجبن من مكاتب ما بقي عليه دينار ، ورواه سعيد في سننه ، وعن أنس أن النبي ﷺ أتى فاطمة ببعد قدوهبه لها وعلى فاطمة ثوب اذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجلها واذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها ، فلما رأى رسول الله ﷺ ما تلقى قال « أنه ليس عليك بأس انما هو أبوك وغلامك » رواه أبو دارد ، وكره أبو عبد الله له أن ينظر الى شعر مولاه وهو قول سعيد بن المسيب وطارس ومجاهد والحسن وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والحديثين ولأن الله تعالى قال (لا تأذنكم الدين ملكت أيمانكم والدين لم يباغوا الحلم) ثم ثلاث مرات - الى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح) ولأنه يشق التحرز منه فأبيح لذلك كذوي المحارم ، وقال أصحاب الشافعي هو محرم حكمه حكم المحارم من الاقارب في أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل ، ولأنه محرم عليها فكان محرماً كالاقارب

ولنا ما روى ابن عمر قال قال رسول الله ﷺ « سفر المرأة مع عبدها ضيعة » رواه سعيد ولأنها لا تحرم عليه على التأيد ولا يحل له استمتاعها فلم يكن محرماً كزوج أختها ولأنه غير مأمون عليها

ولنا انه أزال ملكه عن عبده بهوض شرطه فلزمه عوضه كما لو قال اعتق عبدك عني وعلي ثمنه وكما لو قال طلق زوجتك على الف فطلقها أوالق متاعك في البحر وعلي ثمنه وبهذه الاصول يبطل قولهم انه لا فائدة له في العتق

(فصل) قال رضي الله عنه (الرابع الشهادة فلا ينقذ الا بشاهدين عدلين بالغين عاقلين وان كانا ضريبن) المشهور عن أحمد ان الشهادة شرط لصحة النكاح روي ذلك عن عمر وعلي وهو قول ابن عباس وسعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقادة والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أنه يصح بغير شهود فعلمه ابن عمر والحسن بن علي وابن الزبير وسالم وحزة ابنا ابن عمر وبه قال عبد الله بن ادريس وعبد الرحمن بن مهدي وي زيد بن هارون والغبري وأبو نور وابن المنذر وهو قول الزهري ومالك اذا أعلنوه قال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر وقال ابن عبد البر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدين عدلين » من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر الا ان في نقلة ذلك ضعفاً فلم أذكره قال ابن المنذر وقد

اذ ليست بينهما نفرة المحرمية والملاك لا يقتضي النفرة الطبيعية بدليل السيد مع أمته وانما أبيع له من النظر ما تدعو الحاجة اليه كالشاهد والمبتاع ونحوهما وجعله بعض أصحابنا كالاجنبي لما ذكرناه ، والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) فأما الغلام فإدام طفلا غير مميز لا يجب الاستتار منه في شيء ، وإن عقل ففيه روايتان (إحداهما) حكمه حكم ذي المحرم في النظر (الثانية) له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة لأن الله تعالى قال : لا يستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم - إلى قوله - ليس عليكم ولا عليهم جناح بمدح طوافون عليكم بعضكم على بعض - إلى قوله - وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فإستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم (فدل على التفريق بين البالغ وغيره ، وقال أبو عبد الله : أبو طيبة حرم نساء النبي ﷺ وهو غلام (ووجه الرواية الاولى) قوله أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء وقيل لأبي عبد الله متى تغطي المرأة رأسها من الغلام ؟ قال إذا بلغ عشر سنين

(فصل) ومباح لكل واحد من الزوجين النظر الى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال قالت يا رسول الله عورائنا ما نأني منها وما نذر ؟ فقال لي و احفظ عورتك الامن زوجتك أو ما ملكت يمينك ، رواه الترمذي وقال حديث حسن - ولأن الفرج محل له الاستمتاع به فجاز النظر اليه ولمسه بكفية البدن ، ويكره النظر الى الفرج فإن عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت فرج رسول الله ﷺ قط رواه ابن ماجه ، وفي لفظ قالت ما رأيت من رسول الله ﷺ ولا رآه

أعتق النبي صلى الله عليه وسلم صفية بنت حيي وتزوجها بغير شهود قال أنس بن مالك اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس قال الناس ما ندري أزوجه رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد فلما أراد ان يركب حجبها ففعلوا انه تزوجه متفق عليه قال فاستدلوا على تزويجها بالحجاب وقال يزيد بن هارون امر الله بالشهاد في البيع ذون النكاح فاشترط اصحاب الرأي الشهادة في النكاح ولم يشترطوها في البيع ، ووجه الاولى انه قد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «لأنكاح الا بولي مرشد وشاهدي عدل» رواه الحلال بإسناده وروى الدارقطني عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «لا بد في النكاح من أربعة الولي والزوج والشاهدين» ولانه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو لولد فاشترطت الشهادة فيه لثلاث مجده أبوه فيضيع نسبه بخلاف البيع فأما نكاح النبي صلى الله عليه وسلم بغير ولي وشهود فن خصائصه في النكاح فلا يلحق به غيره

(فصل) ويشترط في الشهود الذكورية والعدالة والعقل والبلوغ والاسلام ، فأما الذكورية فقال احمد اذا تزوج بشهادة نسوة لم يحز ذلك لما روى أبو عبيد في الاموال عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق ولانه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الاحوال فلم يثبت بشهادتهن

مي وقال احمد في رواية جعفر بن محمد في المرأة تقعد بين يدي زوجها وفي بيتها مكشوفة في ثياب رفاق لا بأس به قالت تخرج من الدار إلى بيت مكشوفة الرأس وليس في الدار الا هي وزوجها فرخص في ذلك (فصل) ويباح للسيد النظر الى جميع بدن أمته حتى فرجها لما ذكرنا في الزوجين وشوا في ذلك سرية وغيرها لانه مباح له الاستمتاع من جميع بدنهما فأبيح له النظر اليه فان زوج أمته حرم عليه الاستمتاع والنظر منها الى ما بين السرة والركبة لان عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ اذا زوج أحدكم خادمه عبده أو أغيره فلا ينظر الى ما دون السرة وفوق الركبة فإنه عبور ، رواه ابو داود ومفهومه إباحة النظر إلى ماعدها ، وأما تحريم الاستمتاع بها فلا شك فيه ولا اختلاف فانها قد صارت مباحة للزوج ، ولا تحل امرأة لرجلين فان وطنها لزمه الأثم والتعزير وان ولدت فقال احمد لا يلحقه الولد لانها فراش لغيره فلا يلحقه ولدها كالأجنبية

(فصل) فيمن يباح له النظر من الاجانب. يباح للطبيب النظر الى ما تدعو اليه الحاجة من بدنها من العورة وغيرها فانه موضع حاجة وقد روي أن النبي ﷺ لما حكم سعد بن أبي قريظة كان يكشف عن مؤنزرهم وعن عثمان انه أتى بفلام قد سرق فقال انظروا الى مؤنزره فلم يجدوه انبت الشعر فلم يقطعه ولشاهد النظر الى وجه المشهود عليها لتكون الشهادة واقعة على عينها قال احمد لا يشهد على امرأة إلا أن يكون قد عرفها بعينها وان دامل امرأة في بيع أو اجارة فله النظر الى وجهها ليعلمها بعينها فيرجع عليها بالدرك وقد روي عن احمد كراهة ذلك في حق الشابة دون العجوز ولعله كرهه ان يخاف الفتنة أو يستغنى عن المعاملة فأما مع الحاجة وعدم الشهوة فلا بأس

كالحدود (والثاني العدالة) ففي انقاد النكاح بشهادة الفاسقين روايتان (احدهما) لا ينعقد وهو مذهب الشافعي للخبر ولان النكاح لا يثبت بشهادتهما فلم ينعقد بحضورهما كالمجنونين (والثانية) ينعقد بشهادتهما وهو قول أبي حنيفة لانه تحمل فصحت من الفاسق كسائر التحملات ، وعلى كلتا الروايتين لا تعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بشهادة مستوري الحال لان النكاح يكون في القرى والبوادي وبين عامة الناس مما لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق فاكتمل بظاهر الحال وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه فان تبين بعد العقد انه كان فاسقا لم يؤثر في العقد لان الشرط العدالة ظاهر أو هو ان لا يكون ظاهر الفسق وقد تحقق ذلك وقيل تبين ان النكاح كان فاسدا لعدم الشرط ولا يصح لانه لو كانت العدالة الباطنة شرطا لوجب الكشف عنها لانه مع الشك فيها يكون الشرط مشكوكا فيه فلا ينعقد النكاح ولا تحل المرأة مع الشك في صحة نكاحها ، وان حدث الفسق فيها لم يؤثر في صحة النكاح لان الشرط انما يعتبر حالة العقد ، ولو أقر رجل وامرأة انها نكحتا بولي وشاهدي عدل قبل منهما وثبت النكاح بشهادتهما (الثالث العقل) فلا ينعقد بشهادة مجنونين ولا طفلين لانها ليسا من أهل الشهادة ولا لما قول يعتبر (الرابع البلوغ) فلا ينعقد بشهادة صبيين لانها ليسا من أهل الشهادة اشبه الطفل وعنه انه ينعقد

(فصل) فأما نظر الرجل الى الاجنبية من غير سبب فإنه محرم الى جميعها في ظاهر كلام احمد قال أحد لا يأكل مع مطلقة هو أجنبي لا يحل له أن ينظر اليها كيف يأكل معها ينظر إلى كفها لا يحل له ذلك ، وقال القاضي يحرم عليه النظر إلى ماعدا الوجه والكفين لأنه عورة ، ويباح له النظر اليها مع الكراهة اذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة وهذا مذهب الشافعي لقول الله تعالى (ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها) قال ابن عباس الوجه والكفين وروت عائشة أن أماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ في ثياب رفاق فأعرض عنها ، وقال « يا أماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار الى وجهه وكفيه رواه أبو بكر وغيره ولأنه ليس بعورة فلم يحرم النظر اليه بغير ريبة كوجه الرجل

ولنا قول الله تعالى (واذا سألتمهن متاعا فاسألوهن من وراء حجاب) وقول النبي ﷺ « اذا كان لاحدكن مكتب فلك ما يؤدى فلتحتجب منه » وعن أم سلمة قالت كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجبن منه » رواه أبو داود وكان الفضل ابن عباس رديف رسول الله ﷺ فجاءته الخثعمية تستفتيه فجعل الفضل ينظر اليها وتنظر اليه فصرف رسول الله ﷺ وجهه عنها ، وعن جرير بن عبد الله قال سألت رسول الله ﷺ عن نظر الفجاءة فأمرني أن أصرف بصري حديث صحيح وعن علي رضي الله عنه قال قال لي رسول الله ﷺ « لا تتبع النظرة النظرة فإن لك الأولى وليست لك الآخرة » رواها أبو داود وفي إباحة لنظر الى المرأة إذا أراد تزويجها دليل على التحريم عند عدم ذلك اذ لو كان مباحا على الإطلاق فما وجه التخصيص

بشهادة مراهقين عاقلين بناء على انها من أهل الشهادة (الخامس الاسلام) فلا ينعقد النكاح بشهادة كافرين سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج مسلما وحده نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت المرأة ذمية صح بشهادة ذميين ويتخرج لتأمل ذلك بناء على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض والاول أصح لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل » ولأنه نكاح مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كنكاح المسلمين

(فصل) وينعقد بشهادة ضريرين ولا شافعية في ذلك وجهان

ولنا أنها شهادة على قول فقبلت من الضرير كالشهادة بالاستفاضة ، ويعتبر ان يتيقن الصوت على وجه لا يشك فيها كما يعام ذلك من رآها وينعقد بشهادة عدين وقال أبو حنيفة والشافعي لا ينعقد واختلاف في ذلك مبني على الخلاف في قبول شهادتهما في سائر الحقوق وسند كذا في موضعه ان شاء الله ، (وعنه ينعقد بحضور فاسقين) وقد ذكرنا ذلك (ورجل وامرأتين) ظاهر المذهب ان النكاح لا ينعقد برجل وامرأتين وهو قول النخعي والاوزاعي والشافعي وأحمد انه قال اذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز فان كان معهن رجل فهو اهون فيحتل ان هذا رواية اخرى في انعقاده بذلك وهو قول أصحاب

لهذه وأما حديث اماء ان صح فيحتمل أنه كان قبل نزول الحجاب فتحمله عليه
(فصل) والعجوز التي لا يشتهي مثلها لا بأس بالنظر منها الى ما يظهر غالباً لقول الله تعالى (والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً) الآية قال ابن عباس في قوله تعالى (قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم * وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن) الآية قال قتسح وامتثلي من ذلك القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً الآية وفي معنى ذلك الشوها التي لا تشتهي

(فصل) والامة يباح النظر منها الى ما يظهر غالباً كالوجه والرأس واليدن والساقين لان عمر رضي الله عنه رأى امرأة متلثة فضر بها بالدرة وقال يا لكاع تشبهين بالحرائر وروى أبو حفص باسناده أن عمر كان لا يدع أمة تقم في خلافته وقال إنما القناع للحرائر ولو كان نظر ذلك منها محرماً لم يمنع من ستره بل أمر به، وقد روى أنس أن النبي ﷺ لما أخذ صفة قال الناس لاندري أجعلها أم المؤمنين أم أم ولد فقالوا إن حجبها فهي أم المؤمنين وإن لم يحجبها فهي أم ولد فلما ركب وطأها خلفه ومد الحجاب بينه وبين الناس متفق عليه، وهذا دليل على أن عدم حجب الاماء كان مستفيضاً بينهم مشهوراً وأن الحجب لغيرهن كان معلوماً، وقال أصحاب الشافعي يباح النظر منها الى ما ليس بعورة وهو ما فوق السرة وتحت الركبة، وسوى بعض أصحابنا بين الحرة والامة لقوله تعالى (ولا يبدن زينتهن) الآية ولان العلة في تحريم النظر الخوف من الفتنة والفتنة المحوطة تستوي فيها الحرة والامة فان الحرية حكم لا يؤثر في الامر الطبيعي وقد ذكرنا ما يدل على التخصيص ويوجب الفرق بينهما وإن لم يفرقاً فيما ذكرناه افتراقاً في الحرمة وفي مشقة الستر لكن ان كانت الامة جميلة يخاف

الرأي وروى عن الشعبي لانه عقد معاوضة فانهقد بشهادتهن بالرجال كالبيع ولنا الخبر المذكور ولانه عقد ليس المقصود منه المال ويحضره الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالحدود ولهذا فارق البيع

﴿ مسألة ﴾ (وعنه ينعقد بحضور مراهقين عاقلين) وقد ذكرناه

﴿ مسألة ﴾ (ولا ينعقد نكاح المسلم بشهادة ذميين ويخرج ان ينعقد اذا كانت المرأة ذمية وقد ذكرنا ذلك)

﴿ مسألة ﴾ (ولا ينعقد بحضور اصمين ولا اخرسين)

لان الاصمين لا يسمعان والاخرسين يتعذر الاداء منها، وفي انعقاده بشهادة أهل الصنائع الرديئة كالحجام ونحوه وجهاً بناء على قبول شهادتهم

﴿ مسألة ﴾ (وهل ينعقد بحضور عدوين او ابني الزوجين او احدهما ؟ على وجهين)

احدهما ينعقد اختاره أبو عبد الله بن بطة لعموم قوله « وشاهدي عدل » ولانه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج فانهقد بهما نكاحه كسائر المدول (والثاني) لا ينعقد لان المدول لا تقبل شهادته على عدوه والاين لا تقبل

الفتنة بها حرم النظر اليها كما يحرم النظر الى الغلام الذي تخشى الفتنة بالنظر اليه قال أحمد في الامه إذا كانت جميلة تنتقب ولا ينظر الى المملوكة كم من نظرة القت في قلب صاحبها البلابل.

(فصل) فأما الطفلة التي لا تصلح للنكاح فلا بأس بالنظر اليها قال أحمد في رواية الاثرم في رجل يأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبلها فان كان يجد شهوة فلا وان كان غير شهوة فلا بأس وقد روى أبو بكر بإسناده عن عمر بن حفص المدني أن الزبير بن العوام أرسل بابتة له الى عمر بن الخطاب مع مولاة له فأخذها عمر بيده وقال ابنة أبي عبدالله فتحركت الاجراس من رجلها فأخذها عمر قطعها وقال قال رسول الله ﷺ «م كل جرس شيطان» فاما اذا بلغت حداً تصلح للنكاح كابتة تسم فان عورتها مخالفة لعورة البالغة بدليل قوله عليه السلام « لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار فدل على صحة الصلاة ممن لم تحض مكشوفة الرأس فيحتمل أن يكون حكمها حكم ذوات المحارم كقولنا في الغلام المراق مع النساء وقد روى أبو بكر عن ابن جريج قال قالت عائشة دخلت علي ابنة أخي مزينة فدخل علي النبي ﷺ فأعرض فقلت يا رسول الله أنها ابنة أخي وجارية فقال « اذا عركت المرأة لم يجوز لها أن تظهر إلا وجهها وإلا مادون هذا » وقبض على ذراع نفسه فترك بين قبضته وبين الكف مثل قبضة أخرى أو نحوها وذكر حديث اسماء « اذا بلغت الحيض لم يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار إلى وجهه وكفيه واحتج أحمد بهذا الحديث وتخصيص الحائض بهذا التحديد دلائل على إباحة أكثر من ذلك في حق غيرها

(فصل) ومن ذهبت شهوته من الرجال لكبر أو عنة أو مرض لا يرجى برؤه والخصمي والشيخ

شهادته لوأله وعنه ان الشهادة ليست من شروط النكاح وقد ذكرنا الخلاف في ذلك والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (الخامس) كون الرجل كفؤاً لها في إحدى الروايتين فلورضيت المرأة والاولياء بغيره لم يصح) اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة لصحة النكاح فروي عنه أنها شرط فانه قال اذا تزوج المولى العربية فرق بينهما وهذا قول سفيان قال احمد في الرجل يشرب الشراب ماهو بسكفء لها يفرق بينهما وقال لو كان المزوج حائثاً فرقت بينهما لقول عمر رضي الله عنه لا تمنع تزويج ذوات الاحساب الا من الاكفاء رواء الخلال بإسناده وعن أبي اسحاق الهمداني قال خرج سلمان وجريز في سفر فأقيمت الصلاة فقال جريز لسلمان تقدم فقال سلمان بل انت تقدم فانكم معشر العرب لا تتقدم في صلاتكم ولا تنكح نساءكم ان الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم ولان التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث في الاولياء بغير اذنه فلم يصح كما لو زوجها بغير اذنها وقد روى الدارقطني عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تسكحوهن إلا الاكفاء ولا يزوجهن إلا الاولياء » إلا أن ابن عبد البر قال : هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتاج بمثله ، ولو رضيت المرأة والاولياء بغير كفء لم يصح النكاح لقوات شرطه وهذا اختيار الحزبي وإذا قلنا باشتراطها فانما يعتبر

والمحنت الذي لاشهوة له فحكمه حكم ذوي المحرم في النظر لقول الله تعالى (أوالتابعين غير أولي الاربة) أي غير أولي الحاجة الى النساء ، وقال ابن عباس هو الذي لانستحي منه النساء ، وعنه هو المحنت الذي لا يقوم زبه . وعن مجاهد وقتادة الذي لا رب له في النساء فإن كان المحنت ذا شهوة ويعرف أمر النساء فحكمه حكم غيره لان عائشة قالت : دخل على أزواج النبي ﷺ محنت فكانوا يبعدونه من غير أولي الاربة من الرجال فدخل علينا النبي ﷺ وهو ينعت امرأة أنها اذا أقبلت أقبلت بأربع ، واذا أدبرت أدبرت بثمان فقال النبي ﷺ « ألا أرى هذا يعلم ما همنا لا يدخلن عليكم هذا » فحجبه رواه ابو داود وغيره ، قال ابن عبد البر ليس المحنت الذي تعرف فيه الفاحشة خاصة وإنما التخنيث بشدة التأنيث في الخلعة حتى يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والنعمة والمقل فاذا كان كذلك لم يكن له في النساء إرب وكان لا يفتن لامور النساء . وهو من غير اولي الاربة الذين ابيح لهم الدخول على النساء ، ألا ترى أن النبي ﷺ لم يمنع ذلك المحنت من الدخول على نسائه فلما وصف ابنة غيلان وفهم أمر النساء أمر بحجبه (فصل) فأما الرجل مع الرجل فلكل واحد منها النظر من صاحبه إلى ما ليس بعورة . وفي حدها روايتان (أحدهما) ما بين السرة والركبة والآخرى الفرجان وقد ذكرناهما في كتاب الصلاة ولا فرق بين الامرد وذوي القبة إلا ان الامرد إن كان جليلاً يخاف الفتنة بالنظر اليه لم يجز تعدد النظر اليه . وقد روي عن الشعبي قال : قدم وفد عبد القيس على النبي ﷺ وفيهم غلام أمرد ظاهر الوضأة فأجلسه النبي ﷺ وراء ظهره رواه أبو حفص . قل المروذي سمعت أبا بكر الاعين يقول قدم علينا انسان من خراسان صديق لابي عبد الله ومعه غلام ابن أخت له وكان جليلاً فضى إلى أبي عبد الله

وجودها حال العقد فان عدمت بعده لم يبطل النكاح فان كانت معدومة حال العقد فهو فاسد حكمه حكم العقود الفاسدة على ما نذكره إن شاء الله تعالى

(والثانية) ليست شرطاً في النكاح وهي أصح ، وهو قول أكثر أهل العلم روى نحوه عن عمر وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز وعبيد بن عمير وحماة بن أبي سليمان وابن سيرين وابن عون ومالك والشافعي وأصحاب الرأي لقول الله تعالى (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) وقالت عائشة ان أبا حذيفة ابن عتبة بن ربيعة بنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة الوليد بن عتبة وهو مولى لامرأة من الانصار ، أخرجه البخاري وأمر النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره متفق عليه وزوج زيد بن حارثة ابنة عمه زينب بنت جحش الاسدية ، وقال ابن مسعود لاخيه أنشدك الله أن لا تزوج إلا مسلماً وإن كان أحمر رومياً أو أسود حبشياً ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو لاولياء أو لها فلم يشترط وجودها كلسلامة من العيوب .

وروي أن أبا هند حجج النبي صلى الله عليه وسلم في اليافوخ فقال النبي صلى الله عليه وسلم « يا بني بياضة انكحوا أبا هند وانكحوا اليه » رواه أبو داود إلا أن أحد ضعفه وأنكره إنكاراً شديداً .

فحدثه فلما قتنا خلا بالرجل وقال له من هذا الغلام منك ؟ قال ابن أخي قال اذا جئني لا يكون معك والذي أرى لك أن لا يمشي معك في طريق ، فأما الغلام الذي لم يبلغ تسعا فلا عوة له يحرم النظر اليها وقد روي عن ابن أبي ليلى عن أبيه قال : كنا جلوساً عند النبي ﷺ قال فجاء الحسن فجعل يتمرغ عليه فوق مقدم قميصه أراه قال فقبل زبيته . رواه أبو حنص

(فصل) وحكم المرأة مع المرأة حكم الرجل مع الرجل سواء ، ولا فرق بين المسلمات وبين المسلمة والذمية كما لا فرق بين الرجلين المسلمين وبين المسلم والذمي في النظر قال أحمد ذهب بعض الناس الى أنها لا تنزع خمارها عند اليهودية والنصرانية ، وأما أنا فأذهب الى أنها لا تنظر الى الفرج ولا تقبها حين تلد وعن أحمد رواية أخرى أن المسلمة لا تكشف قناعها عند الذمية ولا تدخل معها الحمام وهو قول مكحول وسليمان بن موسى لقوله تعالى (أو نسائهن) والاول أولى لان النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن قد كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن يحتجبن ولا أمرن بحجاب . وقد قالت عائشة جاءت يهودية تسألها فقالت أعاذك الله من عذاب القبر ، فسألت عائشة رسول الله ﷺ وذكر الحديث وقالت أسماء قدمت علي أمي وهي راغبة يعني عن الاسلام فسألت رسول الله ﷺ أصلها ؟ قال « نعم » ولان الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والذمية فوجب أن لا يثبت الحجب بينهما كالمسلم مع الذمي ولان الحجاب إنما يجب بنص أو قياس وام يوجد واحد منهما ، فأما قوله (أو نسائهن) فيحتمل أن يكون المراد جملة النساء

قال شيخنا والصحيح أنها غير مشروطة ، وما روي فيها يدل على اعتبارها في الجملة ولا يلزم منه اشتراطها **(مسألة)** (لكن إن لم ترض المرأة والاولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ) لان للزوجة ولكل واحد من الاولياء فيها حقاً ومن لم يرض منهم فله الفسخ ولذلك لما زوج رجل ابنته من ابن أخيه ليرفع بها خسيسه جعل لها النبي صلى الله عليه وسلم الخيار فاختارت ما صنع أبوها ولو فقد الشرط لم يكن لها خيار .

(فصل) وإذا قلنا ليست شرطاً فرضيت المرأة والاولياء جميعهم صح النكاح ، وإن لم يرض بعضهم فقد روي عن أحمد أن العقد يقع باطلاً من أصله لان الكفاءة حق لجميعهم والعاقبة منصرف فيها بغير رضائهم فلم يصح كتصرف الفضولي وهذا أحد قولي الشافعي وظاهر المذهب أن العقد يقع صحيحاً ويثبت لمن لم يرض الفسخ لما ذكرنا من حديث المرأة التي رقت الى النبي صلى الله عليه وسلم أن أباهما زوجها بغير كف خيرها ولم يبطل النكاح من أصله ولان العقد وقع بالاذن والنقص الموجود فيه لا يمنع صحته وإنما يثبت الخيار كالعيب من العنة وغيرها فعلى هذه الرواية يثبت الفسخ لمن لم يرض ، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الاولياء

(فصل) فأما نظر المرأة إلى الرجل ففيه روايتان (أحدهما) لها النظر الى ما ليس بعورة (والآخرى) لا يجوز لها النظر من ارجل الا إلى مثل ما ينظر اليه منها اختاره ابو بكر وهذا أحد قولي الشافعي لما روى الزهري عن نهبان عن أم سلمة قالت : كنت قاعدة عند النبي ﷺ أنا وحفصة فأتا ابن أم مكتوم فقال النبي ﷺ « احتجبن منه » فقلت يا رسول الله انه ضرير لا يبصر قال « أفعميأوان أنها لا تبصر انه ؟ » رواه ابو داود وغيره ، ولان الله تعالى أمر النساء بفض أبصارهن كما أمر الرجال به ، ولان النساء أحد نوعي الآدميين فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياسا على الرجال بحجة أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة وهذا في المرأة أبلغ فاتها أشد شهوة وأقل عقلا ففسارع الفتنة إليها أكثر

ولنا قول النبي ﷺ لعاطمة بنت قيس « اعتدي في بيت ابن أم مكتوم فانه رجل أعمى نفعين ثيابك فلا يراك » متفق عليه ، وقالت عائشة كان رسول الله ﷺ يترني بردائه وأنا أنظر الى الحبشة يلبون في المسجد متفق عليه ، ويوم فرغ النبي ﷺ من خطبة العيد مضى الى النساء فذكرهن وعه بلال فأمرهن بالصدقة ، ولأن لو ممن النظر لوجب على الرجال الحجاب كما وجب على النساء للنظر ينظرن إليهم ، فأما حديث نهبان فقال أحمد نهبان روى حديثين عجيبين يعني هذا الحديث ، وحديث « إذا كان لاحداكن مكاتب فلتحتجب منه » وكأنه أشار إلى ضعف حديثه اذ يروى الاهذين الحديثين

لم يكن لباقي الاولياء فسخ لان هذا الحق لا يتجزأ وقد اسقط بعض الشركاء بعضه فاسقط جميعه كالتقصاص .

ولنا أن كل واحد من الاولياء يستبر رضاه فلم يسقط برضا غيره كالرأة مع الولي . فأما النصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا فاذا سقط بعضه تعذر استيفاءه وهنا بخلافه ولانه لو زوجها بدون مهر مثلها ملك الباقون عند غيرهم الاعتراض مع أنه خالص حقها فهنا مع أنه حق لهم أولى .

﴿ مسألة ﴾ (فلو زوج الاب بغير كفء برضاها فلاخوة الفسخ)

نص عليه أحمد وقال مالك والشافعي ليس لهم فسخ اذا زوج الاقرب لانه لا حق للأبعد معه فرضاها لا يعتبر كالأجنبي ولنا أنه ولي في حال يلحقه العار بعدم الكفاءة فملك الفسخ كالتساوين

﴿ مسألة ﴾ (والكفاءة الدين والمنصب يعني بالمنصب النسب)

اختلفت الرواية عن أحمد في شرط الكفاءة فعنه أنها شرطان الدين والمنصب لا غير وعنه خمسة هذان والحرية والصناعة واليسار، وذكر القاضي في المجرد ان فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح رواية واحدة أما الروايتان في الشرطين الاولين قال ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير لانه

المخالفين للأصول ، وقال ابن عبد البر نيهان مجهول لا يعرف الا برواية الزهري عنه هذا الحديث ، وحديث فاطمة صحيح فالمحبة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نيهان خاص لأزواج النبي ﷺ كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأثرم قلت لأبي عبد الله كان حديث نيهان لأزواج النبي ﷺ خاصة وحديث فاطمة لسائر الناس؟ قال نعم : وإن قدر التعارض فتقديم الأحاديث الصحيحة أولى من الأخذ بحديث مفرد في إسناده مقال

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا زوج أمة وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ويبعث بها اليه بالليل فالعقد والشروط جائزان وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده)

أما الشرط فصحيح لانه لا يخل بمقصود النكاح فان الاستمتاع إنما يكون ليلاً ، وإذا كان الشرط صحيحاً لم يمنع صحة العقد فيكونان صحيحين ، وعلى الزوج النفقة في الليل لأنها سالت اليه فيه وليس عليه نفقة النهار لأنها في مقابلة الاستمتاع وهو لا يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج وجبت على السيد لأنها في خدمته حينئذ ولأنها باقية على الأصل في وجوبها على السيد فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك السكوة ، وقال بعض أصحاب الشافعي ليس على الزوج شيء من النفقة لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام ولم يوجد فلم يجب منها شيء كالخبرة إذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض

نقص لازم وما عداه غير لازم ولا يتعدى نقصه الى الولد وذكر في الجامع الروايتين في جميع الشروط وذكره أبو الخطاب أيضاً وقال مالك الكفاءة في الدين لا غير قال ابن عبد البر هذا جملة مذهب مالك وأصحابه وعن الشافعي كقول مالك ، وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة وكذلك قول أبي حنيفة والثوري والحسن بن صالح إلا في الصنعة والسلامة من العيوب ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان فلا يكون كفواً لأن الغالب على الحنث الفسق ولا يعد ذلك نقصاً ، والدليل على غبار الدين قول الله تعالى (أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون) ولأن الفاسق مردود الشهاده والرواية غير مأون على النفس والمال مسلوب الولايات ناقص عند الله وعند خلقه قليل الحظ في الدنيا والآخرة فلا يجوز أن يكون كفواً لعفيفة ولا مساوياً لها لكن يكون كفواً مثله . فأما الفاسق من الحنث فهو ناقص عند أهل الدين والمروءات . والدليل على اعتبار النسب في الكفاءة قول عمر لا تمنع تزويج ذوات الاحساب الا من الاكفاء قال قلت وما الاكفاء؟ قال في الحسب رواه أبو بكر عبد العزيز بإسناده ولأن العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأمنون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصاً وعاراً فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف ولأن في فقد ذلك نقصاً وعاراً فوجب أن تعتبر في الكفاءة

ولنا أن النفقة عوض في مقابلة المنفعة فوجب منها بقدر ما يستوفيه كالأجرة في الإجارة وفارقت الحرة لان التسليم عليها واجب في جميع الزمان فاذا امتنعت في البعض فلم تـلم ما وجب عليها تسليمه وههنا قد سلم السيد جميع ما وجب عليه

(فصل) فان زوجها من غير شرط فقال القاضي الحكم فيه كما لو شرط وله استخدامها نهاراً ويليها ارسالها ليلاً للاستمتاع بها لانه زمانه وذلك لان السيد يملك من أمته منفعتين منفعة الاستخدام والاستمتاع فاذا عقد على أحدهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن احتيائها كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما ، وان تبرع السيد بإرسالها ليلاً ونهاراً فالنفقة كلها على الزوج وان تبرع الزوج بتبرعها عند السيد ليلاً ونهاراً لم تسقط نفقتها عنه ولو تبرع كل واحد منهما بتبرعها عند الآخر وتدافعاها كانت نفقتها كلها على الزوج لان الزوجية تقتضي وجوبها مالم يمنع من استمتاعها عدواناً أو بشرط أو نحوه ولذلك يجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حيض أو غيرها فاذا لم يكن من السيد ههنا منم فالنفقة على الزوج لوجود الزوجية المقتضية لها وعدم المنافع منها

(فصل) فان أراد الزوج السفر بها لم يملك ذلك لانه يفوت خدتها المستحقة لسيدتها وان أراد السيد السفر بها فقد توقف أحد عن ذلك وقال بما أدري فيحتمل المنع منه لانه يفوت حق الزوج منها فمنع منه قياساً على ما لو منعه منه مع الإقامة ولانه مالك لأحدى منفعتيها فلم يملك منع الآخر من السفر بها

كالدبن، فعلى هذا لا تزوج البغيقة بفاجر لما ذكرنا ولا عريية بمعجمي فلا يكون المولى ولا العجمي كفواً لعربية لما ذكرنا من قول عمر رضي الله عنه وقال سلمان الجري معشر العرب لا تقدم في صلاتكم ولا تتكح نساءكم ان الله فضلكم علينا بحمد صلى الله عليه وسلم وجمته فيكم

﴿مسئلة﴾ (والعرب بعضهم لبعض اكفاء وسائر الناس بعضهم لبعض اكفاء وعنه لا تزوج قرشية

لغير قرشي ولا هاشمية لغير هاشمي)

اختلفت الرواية عن أحد رحمه الله في ذلك فروي عنه ان غير قریش لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله اصطفى كنانة من ولد اسماعيل واصطفى قريشاً من كنانة واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم» ولان العرب فضلت الامم برسول الله صلى الله عليه وسلم وقريش أخص به من سائر العرب وبني هاشم أخص به من قريش ولذلك قال عثمان وجبير بن مطعم ان اخواتنا من بني هاشم لا تنكر فضاهم علينا لمكانك الذي وضعك الله به منهم ، وقال أبو حنيفة لا يكافي العجم العرب ولا العرب قريشاً وقريش كلهم أكفاء لان ابن عباس قال قريش بعضهم لبعض اكفاء (والرواية الثانية) ان العرب بعضهم لبعض اكفاء والعجم بعضهم لبعض اكفاء لان النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان وزوج أبا العاص بن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم وتزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة ابنة الحسين

كالسيد وكألو أجراها ثم أراد السفر بها . ويحتمل ان له السفر بها لانه مالك رقبته كسيد العبد اذا زوجه ، وان شرط الزوج أن تسلم إليه الامة ليلا ونهاراً جاز وعليه نفقتها كلها وليس للسيد السفر بها لانه لا حق له في بعضها

(فصل) ويستحب لمن أراد الزوج أن يختار ذات الدين لقول النبي ﷺ « تنكح المرأة لما لها ولحسبها ولجمالها ولدينها » فاعرف بذات الدين تربت يداك « متفق عليه ، ويختار البكر لقول رسول الله ﷺ « أتزوجت يا جابر ؟ » قال قلت نعم قال « بكر أم ثيبا ؟ » قال قلت بل ثيبا قال « فبلا بكرا تلاءبها وتلاعبك ؟ » متفق عليه ، وعن عطاء عن النبي ﷺ أنه قال « عليكم بالابكار فانهم أعذب أفواها وأتقى أرحاما » رواه الامام أحمد في رواية « وأتقى أرحاما وأرضى باليسير » ويستحب أن تكون من نساء يعرفن بكثرة الولادة لما روي عن أنس قال كان رسول الله ﷺ يأمر بالباة وينهى عن التبطل فيها شديدا ويقول « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة » رواه سعيد ، وروى معقل بن يسار قال جاء رجل الى رسول الله ﷺ فقال « اني أصبت امرأة ذات حسب ومنصب الا انها لا تلد أفأتزوجها ؟ » فقال « نعم » ثم أتاه الثانية فقال « تزوجوا الودود الولود فاني مكاثر بكم » رواه النسائي

وعن علي بن الحسين ان النبي ﷺ قال « يا بني هاشم عليكم بنساء الأعاجم فالتمسوا أولادهم فان في أرحامهم البركة » ويختار الجميلة لانها أمكن لنفسه وأغض لبصره وأكمل لمودته ولذلك شرع

ابن علي وزوج مصعب بن الزبير اختها سكينة وزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام وتزوج المقداد بن الاسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وزوج أبو بكر رضي الله عنه أخته أم فروة الاشعث بن قيس وهما كنديان وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس الفهرية القرشية ، ولان العجم والنوالي بعضهم لبعض أكفاء وان تفاضلوا وشرف بعضهم على بعض فكذلك العرب وهذه الرواية الصحيحة ان شاء الله تعالى

﴿مسئلة﴾ (وعنه ان الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة فلا تزوج حرة بعبد ولا بنت بزاز بحجام ولا بنت بان بحائك ولا موسرة بمعصرة)

أما الحرية فالصحيح أنها من شروط الكفاءة فلا يكون العبد كفؤا لحره لان النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد فاذا ثبت الخيار بالحرية الطارئة فالحرية المقارنة أولى ولان نقص الرق كبير وضرره بين فانه مشغول عن امراته بمقوق سيده ولا ينفق نفقة المومنين ولا ينفق على ولده وهو كالمعدوم بالنسبة إلى نفسه ولا يمنع صحة النكاح فان النبي صلى الله عليه وسلم قال لبريرة « لو راجعتني » قالت يا رسول الله أنا أمرني ؟ قال « انما أنا شفيح » قالت : فلا حاجة لي فيه رواه البخاري ومراجعتها إياه ابتداء نكاح فان نكاحها قد انفسخ باختيارها ولا يشفع اليها النبي

النظر قبل النكاح . وقد روي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال « إنما النساء لعب فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها »

وعن أبي هريرة قال قيل لرسول الله ﷺ أي النساء خير ؟ قال « اني تسره إذا نظر ونطيعه إذا امر ولا تخالنه في نفسه ولا في ماله بما يكره » رواه النسائي . وعن يحيى بن جعدة أن رسول الله ﷺ قال « خير فائدة أقادها المرء المسلم بعد إسلامه امرأة جميلة تسره إذا نظر إليها ونطيعه إذا أمرها وتحفظه في غيبته في ماله ونفسها » رواه سعيد

ويختار ذات العقل ويحب الحياء لان النكاح يراد للعشرة ولا يصلح العشرة مع الحياء ولا يطيب العيش معها وربما تعدى ذلك إلى ولدها . وقد قيل اجنسوا الحياء فان ولدنا ضياع ، صحبتها بلاء ، ويختار الحسبية ليكون ولدها نجيباً فانه ربما أشبه أهله ونزع اليهم . وكان يقال : إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظري إلى أبيها وأخيها . وعن عائشة قالت قال رسول الله ﷺ « نتخبوا لنطفكم وانكحوا الأتقاء وانكحوا اليهم »

ويختار الأجنبية فان ولدها أنجب ولهذا يقال اغتربوا لا تضروروا ، يعني انكحوا الغرائب كيلا تضعف أولادكم . وقال بعضهم : الغرائب أنجب وبنات العم أصبر . ولأنه لا تؤمن العداوة في النكاح وإفضاؤه إلى الطلاق فإذا كان في قرابته أففى إلى قطيعة الرحم المأمور بصلتها والله أعلم

صلى الله عليه وسلم في أن تنكح عبداً إلا والنكاح صحيح

فأما اليسار ففيه روايتان (احدهما) هو شرط لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الحسب المال » وقال « إن أحساب الناس بينهم هذا المال » وقال لفاطمة بنت قيس حين أخبرته أن معاوية خطبها « أما معاوية فصعلوك لا مال له » ولان على المومنة ضرراً في اعسار زوجها لاخلاله بنفقها وموئنة أولاده ولهذا ملك الفسخ باخلاله بالنفقة فكذلك إذا كان مقارناً ولان ذلك معدود نقصاً في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبأن قال نبيه بن الحجاج السهمي

سألتني الطلاق أن وأنا في قل مالي قد جئتني بنكر

ويكأن من له نسب يحب ومن يفتقر بعش عيش ضر

فكان من شروط الكفاءة كالنسب (والثانية) ليس بشرط لان الفقر شرف في الدين ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم أحيني مسكيناً وأمتي مسكيناً » وليس هو لازماً فأشبهه العافية من المرض ، واليسار المعتر ما يقدر به على الاتفاق عليها حسب ما يجب لها ويمكنه إداؤها مهرها وأما الصناعة ففيها أيضاً روايتان (احدهما) انها شرط فن كان من أهل الصنائع الدنيئة كالخائك والحجام والحارس والكساح والديباغ والقمي والحماشي والزبال فليس بكف ، لئلا يذوي المروءات كأصحاب

﴿باب ما يحرم نكاحه والجمع بينه وغير ذلك﴾

التحريم بالنكاح ضربان : تحريم عين وتحريم جمع ، ويتنوع أيضا نوعين تحريم نسب وتحريم سبب والاصل في ذلك الكتاب والسنة والاجماع ، فأما الكتاب فقول الله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم والآية التي قبلها والتي بعدها ، وأما السنة فروى أبو هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال « لا يجمع الرجل بين المرأة وعمتها ولا بينها وبين خالتها » متفق عليه . وعن عائشة رضي الله عنها قالت ، قال رسول الله ﷺ « ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » أخرجه مسلم ، وأجمعت الامة على تحريم مانص الله تعالى على تحريمه

﴿مسئلة﴾ قال (والمحرمات نكاحهن بالانساب : الامهات والبنات والاخوات والعمات والخاللات وبنات الاخ وبنات الاخت ، والمحرمات بالاسباب : الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وأمهات النساء وبنات النساء اللاتي دخل بهن وحلائل الابناء وزوجات الاب والجمع بين الاختين)

وجملة ذلك أن المنصوص على تحريمهن في الكتاب أربع عشرة : سبع بالنسب واثنان بالرضاع وأربع بالمصاهرة وواحدة بالجمع ، فأما الأقواني بالنسب فأولاهن الامهات وهن كل من انتسبت اليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازاً وهي التي ولدت من ولدك وإن عات من

الصنائع الجليلة كالتجارة والبنية لان ذلك نقص في عرف الناس فأشبهه نقص النسب وقد جاء في حديث « العرب بعضهم لبعض أ كفاء الاحاثكا أو حجاما . »

قيل لاحد وكيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟ قال العمل عليه . يعني أنه ورد موافقاً لاهل العرف . وروي أن ذلك ليس بنقص ويروى نحو ذلك عن أبي حنيفة لان ذلك ليس بنقص في الدين ولا هو لازماً فأشبه الضعف والمرض . قال بعضهم :

ألا إنما التقوى هي العز والكرم وحبك للدنيا هو الذل والسقم

وليس على عبد تقى نقیصة إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجم

وأما السلامة من العيوب فليست من شروط الكفاءة فإنه لا خلاف أنه لا يبطل النكاح بها ، وإلكنها تثبت الخيار للمرأة دون الاولياء لان ضرره يخص بها ولوليا منها من نكاح المجنون والابرص والمجنوم وما عدا هذا فليس بمعتبر في الكفاءة .

(فصل) ومن أسلم أو اعتق من العبيد فهو كفاء لمن له أبوان في الاسلام والحرية وقال أبو حنيفة ليس بكفاء ، ولا يضح ذلك لان الصحابة أ كثرهم أسلوا وكانوا أفضل الامة فلا يجوز أن يقال انهم غير أ كفاء للتابعين .

ذلك جدناك أم أمك وأم أبيك وجدنا أمك وجدنا أبيك وجدنا جدناك وجدنا جدناك وجدنا جدناك وإن علوا وارثات كن أو غير وارثات كلهن أمهات محرمات

ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يا بني ماء السماء . وفي الدعاء اللهم صل على آيينا آدم وأمناءه . والبنات ومن كل أنثى انقسمت إليك بولادتك كابنة الصلب وبنات البنين والبنات وإن نزلت درجتهم وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات لقوله تعالى (وبناتكم) فإن كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يا بني آدم) والاختوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقوله تعالى (وأخوانكم) ولا تفرق عليهن . والعمات أخوات الاب من الجهات الثلاث وأخوات الاجداد من قبل الاب ومن قبل الام قريبا كان الجدا أو بعيداً وارثات أو غير وارثات لقوله تعالى (وعماكن) والحالات أخوات الام من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وإن علون وقد ذكرنا أن كل جدة أم فكذلك كل أخت لجدة خالة محرمة لقوله (وخالاتكم) وبنات الاخ كل امرأة انقسمت الى أخ بولادة فهي بنت أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقوله تعالى (وبنات الاخ) وبنات الاخت كذلك أيضاً محرمات لقوله سبحانه (وبنات الاخت) فهؤلاء المحرمات بالانساب

(النوع الثاني) المحرمات بتحريم السبب وهو قسمان : رضاع ومصاهرة ، فأما الرضاع فالمقصود على التحريم فيه اثنتان الامهات المرضعات وهن اللاتي أرضعنك وأمهاتهن وجدتهن وإن علت درجتهم على حسب

(فصل) وولد الزنا قد قيل انه كفء لذات نسب وعن أحمد أنه ذكر له أنه يتركه وينكح اليه فكأنه لم يجب ذلك لأن المرأة تعبر به هي وأولياؤها ويتمدى ذلك الى ولدها وليس هو كفؤاً للعربية بغير اشكال فيه لانه أدنى حالا من المولى .

(فصل) والموالي اكفاء بعضهم لبعض وكذلك العجم قال أحمد في رجل من بني هاشم له مولاة تزوجها الخراساني وقول النبي صلى الله عليه وسلم « مولى القوم منهم » هو في الصدقة فأما في النكاح فلا وذكر القاضي رواية عن أحمد أن مولى القوم بكافتهم لهذا الخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج زيداً وأسامة عريتين ولأن موالي بني هاشم ساوهم في حرمان الصدقة فساوهم في الكفاءة ، وهذا لا يصح فإنه يوجب أن يكون الموالى أكفاء للعرب فإن المولى إذا كان كفؤاً لسيده كان كفؤاً لمن يكافئه سيده فيبطل اعتبار المنصب ولهذا لا يساووهم في استحقاق الخمس ولا في الامامة ولا في اشرف ، وأما زيد وأسامة فقد استدل بنكاحهما عريتين على أن فقد الكفاءة لا يبطل النكاح واعتذر أحمد عن تزويجها بأنهما من كلب فهما عريان وإما طراً عليهما رق فعلى هذا يكون حكم كل عربي الاصل كذلك .

(فصل) فأما أهل البدع فإن أحمد قال في الرجل يزوج الجهمي بفرق بينها وكذلك اذا زوج الواقفي إذا كان بخاصم ويدعو وإذا زوج أخته من هؤلاء اللفظية وقد كتب الحديث فهذا شر من جهمي بفرق بينها وقال لا يزوج بنته من حروري مرق من الدين ولا من الراقصي ولا من القدري فذا

ما ذكرنا في النسب محرمات بقوله تعالى (وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة) كل امرأة أرضعتكم أمها أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وهي من ابن رجل واحد كرجل له امرأتان لما منه ابن أرضعتك أحدهما وأرضعتها الأخرى فهي أختك محرمة عليك لقوله سبحانه (وأخواتكم من الرضاعة)

(القسم الثاني) تحريم المصاهرة والمنصوص عليه أربع: أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم إلا بالدخول بابتها كما لا تحرم ابتها إلا بالدخول.

ولما قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليهما من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية. قال ابن عباس أهدوا ما أيهم القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال ولا انفصلا بين المدخول بها وبين غيرها. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال «من تزوج امرأة فطلتها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيته ولا يحل له أن يزوج أمها» رواه أبو حفص بسنده، وقال زيد تحرم بالدخول أو بالموت لأنه يقوم مقام الدخول وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقا سواء وجد الدخول

كان لا يدعوا فلا بأس وقال من لم يربع بعلي في الخلافة فلا تاكوه ولا تكلموه قال القاضي المقلد منهم يصح تزويجه ومن كان داعية منهم فلا يصح تزويجه

(فصل) وإنما تعتبر الكفاءة في الرجل دون المرأة فإن النبي ﷺ لا مكافئ له وقد تزوج من أحياء العرب وتزوج صفية بنت حيي وتسرى بالاماء، وقال «من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها وأحسن إليها ثم أعتقها وتزوجها فله أجران» متفق عليه ولأن الولد يشرف بشرف أبيه لا بأمه فله يعتبر ذلك في الام.

(باب المحرمات في النكاح)

وهن ضربان محرمات على الأبد وهن أربعة أقسام:

(أحدها) المحرمات بالنسب وهن سبع ذكرهن الله سبحانه في قوله (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الاخت) فأما الأمهات فهن كل من انتسبت إليها بولادة سواء وقع عليها اسم الام حقيقة وهي التي ولدتك أو مجازا وهي التي ولدت من ولدتك وإن علت ومن ذلك جدتا أم أمك وأم أبيك وجدتا أمك وجدتا أبيك وجدات جداتك وجدات أجدادك وإن علون وارتثت كن أو غير وارتثت كلهن أمهات محرمات ذكر أبو هريرة هاجر أم اسماعيل فقال تلك أمكم يا بني ماء السماء

أو الموت أولاً ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فخرت بنفس العقد كحليلة الابن والاب
(الثانية) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الربائب فلا يحرمن إلا بالدخول بأهلهن وهن
كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع فريضة أو ببيعة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات
إذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في قول عامة الفقهاء إلا أنه روي عن عمر
وعلي رضي الله عنهما أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره وهو قول داود لقول الله تعالى (وربائبكم
اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار على خلاف هذا القول

وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا وقال النبي ﷺ لا م حبيبة لا تعرض علي بناتكن
ولا اخواتكن ولأن التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط
ولما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه . وإن لم
يدخل بالمرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار إذا بانت من نكاحه إلا أن يموت قبل
الدخول ففيه روايتان [أحدهما] تحرم ابنتها وبه قال زبد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر لأن الموت
أقيم مقام الدخول في تكيل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الربيبة (والثانية) لا تحرم وهو قول
علي ومذهب عامة العلماء قال ابن المنذر وأجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم
طلقها أو ماتت قبل الدخول بها جاز له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والاوزاعي

وفي الدعاء المأثور اللهم صل على أئينا آدم وأمننا حواء . والبنات وهن كل انثى انتسبت اليك بولادتك
كأبنة الصلب . وبنات البنين والبنات وان نزلت درجتهم وارثات أو غير وارثات كلهن بنات محرمات
لقوله تعالى (وبناتكن) فان كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم قال الله تعالى (يا بني آدم)
والاخوات من الجهات الثلاث من الابوين أو من الاب أو من الام لقول الله تعالى (وأخواتكن)
ولانفرع عليهن . والعمات أخوات الاب من الجهات الثلاث وأخوات الاجداد من قبل الاب ومن
قبل الام قريباً كان الجد أو بعيداً وارثاً أو غير وارث لقول الله تعالى (وعماتكن) والحالات أخوات
الام من الجهات الثلاث وأخوات الجدات وان علون وقد ذكرنا ان كل جدة أم فكذلك كل أخت
لجدة خالة محرمة لقول الله تعالى (وخالاتكن) وبنات الاخ كل امرأة انتسبت الى أخ بولادته فهي بنت
أخ محرمة من أي جهة كان الاخ لقول الله تعالى (وبنات الاخ) وبنات الاخنت كذلك أيضاً محرمات لقوله
تعالى (وبنات الاخنت) فهؤلاء المحرمات بالنسب

(فصل) ولا فرق بين النسب الحاصل بنكاح أو ملك يمين أو وطء شبهة أو حرام فتحرم عليه
ابنته من الزنا لدخولها في عموم اللفظ ولأنها مخلوقة من مائة فخرمت كتحريم الزانية على ولدها وتحريم
المنفية باللعان لأنها منفية ولا حتم أن تكون ابنته وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى
(الجزء السابع) (٦٠)

والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لأن الله تعالى قال (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا نص لا يترك لقياس ضعيف وحديث عبد الله ابن عمرو قد ذكرناه، ولأنها فرقة قبل الدخول فلم يحرم الربية كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الاحصان والاحلال وعدة الاقراء، وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقه إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك صريح نص الله تعالى ونص رسوله لنياس ولا غيره . إذا ثبت هذا فإن الدخول بها هو وطؤها كنى عنه بالدخول فإن خلاها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لأنها غير مدخول بها، وظاهر قول الحنفي تحريمها لقوله فإن خلاها وقال لم أطأها وصدقته لم يلتفت إلى قولها وكان حكمها حكم الدخول في جميع أمورها إلا في الرجوع إلى زوج طلقها ثلاثاً وفي الزنا فأنهما يجلدان ولا يرجان وسنذكره فيما بعد إن شاء الله (الثالثة) حلل الابناء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل إزار زوجها وهي محلة له، فيحرم على الرجل أزواج ابنته وابناء بناته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً، مجرد العقد لقوله تعالى (وحلائل ابنائكم) ولا نعلم في هذا خلافاً (الرابعة) زوجات الاب فمحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وأدثا كان أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف) وقال البراء بن عازب لعنيت خالي ومعه الراية فقالت ابن يزيد ؟ قال أرسلني

(القسم الثاني) المحرمات بالرضاع فيحرم به ما يحرم من النسب سواء والذي ذكره الله تعالى اثنتان بقوله الله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخوانكم من الرضاعة) فالأمهات اللاتي أرضعنكم وأمهاتهن وجدتهن وإن علت درجتهم على حسب ما ذكرناه في النسب محرمات بالآية، وأما الأخوات فهي كل امرأة أرضعتك أمها أو أرضعتك أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو أرضعت أنت وهي من لبن رجل واحد كرجل له امرأتان لها منه ابن أرضعتك إحداها وأرضعتا الأخرى فهي أختك محرمة عليك بالآية وكذلك كل امرأة حرمت عليك حرم مثاها من الرضاع كالعمة والحالة والبنت وبنت الأخ وبنت الأخت على ما ذكرنا لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية لمسلم « الرضاع يحرم ما تحرم الولادة » ولأن الأمهات والأخوات منصوص عليهن والباقيات يقسن عليهن ولا نعلم في هذا خلافاً

(القسم الثالث) تحريم المصاهرة وهن أربع : أمهات النساء فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وجي عن علي رضي الله عنه أنها لا تحرم الا بالدخول بابنتها كما لا تحرم ابنتها الا بالدخول بها ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية قال

رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن اضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية قال لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية فذكر الخبر كذلك رواه سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأمه قرب أم بعد، وليس في هذا بين أهل العلم خلافاً علمناه والحمد لله ، ويحرم عليه من وطئها أبوه أو ابنه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر المالك في هذا والرضاع بمنزلة النسب، وعن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة والثوري والاوزاعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي ولا نحفظ عن أحد خلافاً لهم (الضرب الثاني) تحريم الجمع والمذكور في الكتاب الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب وأم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعموم الآية فإن تزوجهما في عقد واحد فسد لانه لا مزية لاحداها على الآخرة وسواء علم بذلك حال العقد أو بعده فإن تزوج إحداها بعد الأخرى فنكاح الأولى صحيح لانه لم يحصل فيه جمع ونكاح الثانية باطل لان به يحصل الجمع وليس في هذا محمد الله اختلاف وليس عليه تفريع

﴿مسئلة﴾ (ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)

كل امرأة حرمت من النسب حرم مثاها من الرضاع وهن الإهات والبناات والاخوات والعامت

ابن عباس إهموا ما إهم القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « من تزوج امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها لا بأس أن يتزوج ربيته ولا يحل له أن يتزوج أمها » رواه أبو حفص بإسناده وقال زيد تحرم بالدخول أو بالموت لانه يقوم مقام الدخول، وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقاً سواء وجد الدخول أو الموت أو لم يوجد ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم فحرمت بنفس العقد كحليلة الابن والاب (الثانية) حلائل الآباء يعني أزواجهم سميت امرأة الرجل حليلة لأنها محل أزار زوجها وهي حليلة له فتحرم على الرجل امرأة أبيه قريباً كان أو بعيداً وارثاً أو غير وارث من نسب أو رضاع لقوله تعالى (ولا تتكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) وقال البراء بن عازب لقيت خالي ومعه الراية قال أرسلني رسول الله ﷺ إلى رجل تزوج امرأة أبيه من بعده أن اضرب عنقه أو أقتله رواه النسائي وفي رواية لقيت عمي الحارث بن عمرو ومعه الراية وذكر الخبر رواه كذلك سعيد وغيره وسواء في هذا امرأة أبيه أو امرأة جده لأبيه وجده لأمه قرب أم بعد وليس في هذا بين أهل العلم اختلاف فيما علمنا وتحرم من وطئها أبوه بملك يمين أو شبهة كما يحرم عليه من وطئها في عقد نكاح قال ابن المنذر المالك في هذا والرضاع بمنزلة النسب وعن حفظنا ذلك عنه عطاء وطاوس والحسن وابن سيرين ومكحول وقتادة

والحالات وبنات الاخ وبنات الاخت على الوجه الذي شرحناه في النسب لقول النبي ﷺ « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » متفق عليه وفي رواية مسلم « الرضاع يحرم ما يحرم الولادة » وقال النبي ﷺ في ذرة بنت أبي سلمة « أنها لو لم تكن ربيتي في حجري ما حلت لي ، أنها ابنة أخي من الرضاعة أرضعتني وإياها ثوبية » متفق عليه ، لأن الأمهات والاخوات منصوص عليهن والباقيات يدخلن في عموم لفظ سائر المحرمات فلا نعلم في هذا خلافاً

(مسئلة) قال (ولبن الفحل محرم)

معناه ان المرأة اذا أرضعت طفلاً بابن ثاب^(١) من وطء رجل حرم الطفل على الرجل وأقاربه كما يحرم ولده من النسب لان الابن من الرجل كما هو من المرأة فيصير الطفل ولد الرجل والرجل أباه ، وأولاد الرجل إخوة سواء كانوا من تلك المرأة أو من غيرها ، وأخوة الرجل وأخواته أعمام الطفل وعماته ، وآبؤهم وأمهاتهم أجدادهم وجداتهم ، قال احمد ابن الفحل أن يكون لرجل امرأتان فترضع هذه صبية وهذه صبياً لا يزوج هذا من هذا . وسئل ابن عباس عن رجل له جاريستان أرضعت إحداها جارية والاخرى غلاماً فقال لا ، الفناح واحد قال الترمذي هذا تفسير لبن الفحل ومن قال بتحريمه علي وابن عباس وعطاء وطارس ومجاهد والحسن والشعبي والقاسم وعروة ومالك والثوري والاوزاعي

(١) كذا في الاصول

والثوري والاوزاعي وابو عبيد واصحاب الرأي ولا نحفظ عن أحد خلافهم (الثالثة) حلالات الابناء فتحرم على الرجل زوجة ابنته وابن ابنته من نسب أو رضاع قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد لقوله تعالى (وحلالت أبنائكم) ولا نعلم في هذا خلافاً ، ولا تحرم بناتهن فيحل له نكاح ربيته وأبيه لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (الرابعة) بنات النساء اللاتي دخل بهن وهن الرائب فلا يحرم من الا بالدخول بأمهاتهن وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع قريبة أو بعيدة وارثة أو غير وارثة على حسب ما ذكرنا في البنات فاذا دخل بالام حرمت عليه سواء كانت في حجره أو لم تكن في حجره وهو قول داود لقوله تعالى (وربائبكم اللاتي في حجوركم) قال ابن المنذر وقد أجمع علماء الامصار علي خلاف هذا انقول وذكرنا حديث عمرو بن شعيب في هذا وقال النبي ﷺ « لا تعرض علي بناتكن ولا أخواتكن » ولان التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات ، فأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه ، وان لم يدخل المرأة لم تحرم عليه بناتها في قول عامة علماء الامصار اذا بانث من نكاحه

(مسئلة) (فان متن قبل الدخول فهل تحرم بناتهن علي روايتين)

(احداها) تحرم ابنتها وبه قال زيد بن ثابت وهي اختيار أبي بكر ولان الموت أقيم مقام الدخول في تكميل العدة والصداق فيقوم مقامه في تحريم الربيبة

والشافعي واسحاق وابو عبيد وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر واليه ذهب فقهاء الامصار بالحجاز والعراق والشام وجماعة أهل الحديث، ورخص في لبن الفحل سعيد بن المسيب وأبو سلمة بن عبد الرحمن وسليمان بن يسار وعطاء بن يسار والنخعي وأبو قلابة وبروي ذلك عن ابن الزبير وجماعة من أصحاب رسول الله ﷺ غير مسمين لأن الرضاع من المرأة لامن الرجل وبروي عن زينب بنت أبي سلمة أنها أرضعتها أمماء بنت أبي بكر امرأة الزبير قالت وكان الزبير يدخل علي وأنا امشط فيأخذ بترن من قرون رأسي فيقول اقبلي علي فحدثيني أراه والدأ وما ولد فهم إخواني ثم ان عبد الله بن الزبير أرسل بخطب إلي أم كلثوم ابنتي على حمزة بن الزبير وكان حمزة الكلبية فقلت لرسوله وهل نحل له وإنما هي ابنة أخيه فقال عبد الله انما أردت بهذا المنع لما قبلك أما ما ولدت أمماء فهم إخوانك وما كان من غير أسماء فليسوا لك بأخوة فارسلني فسلمي عن هذا فأرسلت فالت وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فقالوا لها ان الرضاعة من قبل الرجل لا تحرم شيئاً فأنكحتها إياه فلم تنزل عنده حتى هلك عنها

ولنا ما روت عائشة رضي الله عنها ان أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا أذن له حتى استأذن رسول الله ﷺ فان أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله ﷺ فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني

(والثانية) لا تحرم وهو قول علي وعامة العلماء قال ابن المنذر أجمع عوام علماء الامصار أن الرجل إذا تزوج المرأة ثم طلقها أو ماتت قبل أن يدخل بها حل له أن يتزوج ابنتها كذلك قال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأحمد واسحاق وأبو ثور ومن تبعهم لأن الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بها فنز جناح عليكم) وهذا نص لا يترك بقياس ضعيف وقد ذكرنا حديث عمرو بن شعيب ولاها فرقة قبل الدخول فلم تحرم الربيبة كفرقة الطلاق والموت لا يجري مجرى الدخول في الاحصان والاحلال وقيامه مقامه من وجه ليس بأولى من مفارقتها إياه من وجه آخر ولو قام مقامه من كل وجه فلا يترك نص الله تعالى ولا نص رسوله لقياس ولا غيره، اذا ثبت هذا فان الدخول بها وطؤها كنى عنه بالدخول فان خلاها ولم يطأها لم تحرم ابنتها لأنها غير مدخول بها

❦ (مسئلة) (ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام)

فاذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حللاً ولو وطئ أم امرأته أو ابنتها حرمت عليه امرأته نص احمد علي هذا في رواية جماعة وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري واسحاق وأصحاب الرأي وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر وعروة والزهري ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا يحرم الحرام

ولكن أَرْضَعْنِي امرأته قال «أئذني له فإنه عمك تربت بك» قال عروة فذلك كانت عائشة تأخذ بقول «حرموا من الرضاع ما يحرم من النسب» متفق عليه وهذا نص قاطع في محل النزاع فلا بدول على ما خالفه فأما حديث زينب فإن صح فهو حجة لنا فإن الزبير كان يعتقد أنها ابنته وتمتدأ بها والظاهر أن هذا كان مشهوراً عندهم وقوله مع إقرار أهل عصره أولى من قول ابنته وقول قوم لا يعرفون

(مسئلة) قال (والجمع بين المرأة وبين عمتها وبينها وبين خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس فيه بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تعد مخالفته خلافاً وهم الرافضة والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله ﷺ وهي ما روى أبو هريرة قال قال رسول الله ﷺ «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها متفق عليه وفي رواية أبي داود «لا تنكح المرأة على عمها ولا ألعمة على بنت أخيها ولا المرأة على خالتها ولا الخالة على بنت أخيها» لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى» ولأن ألعمة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الأقارب وإفضاء إلى قطيعة الرحم المحرم وهذا موجود فيما ذكرنا، فإن احتجوا بعدم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما روينا، وبلغنا أن رجلين من الخوارج أنيا عمر بن عبدالعزيز فكان مما أنكرنا عليه رجم

الحلال «ولأنه وطء لا يصير به الموطوءة فراشاً كوطء الصغيرة

ولنا قوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء) والوطء يسمى نكاحاً قال الشاعر * إذا زينت فاجد نكاحاً * فيدخل في عموم الآية وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء وهو قوله سبحانه (أنه كان فاحشة ومقناً وساء سيلاً) وهذا التعليل إنما يكون في الوطء وروى عن النبي ﷺ أنه قال «لا ينظر الله عز وجل إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها» وروى الجوزجاني بإسناده عن وهب بن منبه قال ملعون من نظر امرأة وابنتها فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه، ولأن ما تعلق من التحريم بالوطء تعلق بالمحظور كوطء الخائض ولأن النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالاحرام وحديثهم لا تعرف صحته وإنما هو من كلام ابن أشوع بعض قضاة العراق كذلك قال أحمد وقيل أنه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع لم يبطل بوطء الشبهة

(فصل) والوطء على ثلاثة أضرب: مباح وهو الوطء من نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالاجماع ويصير محرماً لمن حرمت عليه لأنها حرمت عليه على التأييد بسبب مباح شبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أخته أو وطء الأمة التي فيها شرك وإشابه ذلك فيتعلق به التحريم كتعلقه بالوطء المباح إجماعاً قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا وطئ امرأة بنكاح فاسد

الزاني وتحريم الجم بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها وقال ليس هذا في كتاب الله تعالى فقال لها: كم فرض الله عليكم من الصلاة؟ قلنا خمس صلوات في اليوم واليلة وسألها عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك وسألها عن مقدار الزكاة ونصبتها فأخبراه فقال فهل تجدان ذلك في كتاب الله؟ قلنا لا نجده في كتاب الله قال فمن أين صرتم إلى ذلك؟ قلنا فعله رسول الله ﷺ والمسلمون بعده قال فكذلك هذا. ثم لا فرق بين الحالة والعمة حقيقة أو مجازاً كمعات آبائنا وخالاتهم وعمات أمهاتنا وخالاتهن وإن علت درجتهم من نسب كان ذلك أو من رضاع، وكل شخصين لا يجوز لاحدهما أن يزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطيعة الرحم القريبة لما في الطباع من التنافس والغيرة بين الضرائر، ولا يجوز الجم بين المرأة وأما في العقد لما ذكرناه ولأن الأم إلى ابنتها أقرب من الاختين فإذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وابنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجم بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيها بالتحريم ودخولها في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما ورأ. ذلكم) ولأن أحدهما تحمل لها الأخرى لو كانت ذكراً، وفي كراهة ذلك روايتان (أحدهما) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر بن زيد ومطاء. والحسن وسعيد بن عبدالعزيز وروى أبو حفص بأسناده عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله ﷺ أن تزوج المرأة على ذي قرابتها كراهية القطيعة، ولأنه مفض إلى قطيعة الرحم

أو شراء فاسد أنها تحرم على أبيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق وإبي ثور وأصحاب الرأي لأنه وطه يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطه المباح ولا يصير به الرجل محرماً لمن حرمت عليه ولا يباح له النظر إليها بذلك والوطه ليس بمباح والمحرمية تتعلق بكمال حرمة الوطه لأنها إباحة ولأن الموطوءة لم يستبح النظر إليها فلأن لا يستباح النظر إلى غيرها أولى (الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا لإباحة النظر لأنها إذا لم تثبت بوطه الشبهة فبالحرام المحض أولى ولا يثبت به النسب ولا يجب به المهر بالمطوعة إذا كانت حرة

(فصل) ويستوى في ذلك الوطه في القبل والدبر لأنه يتعلق به التحريم إذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا

﴿مسئلة﴾ (فإن كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة لا يوطأ مثلها فعلى وجهين)

أحدهما أن وطه الميتة ينشر الحرمة لأنه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع والثاني لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لأنه ليس بسبب للبضية ولأن التحريم معلق باستيفاء منفعة الوطه والموت يبطل المنافع وأما الرضاع فيحرم ما يحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم وهذا يحصل من لبن الميتة، وفي وطه الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشر وهو قول أبي يوسف

المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والأخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسين بن حسن والاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي عبيد لأنه أيسر بينهما قرابة تحرم الجماع فلا يقتضي كراهته كسائر الأقارب .

(مسئلة) قال (وإذا عتد على المرأة ولم يدخل بها فقد حرمت على ابنه وأبيه وحرمت عليه أمها ، والجدة وان علا فيما نزلت بمنزلة الأب وابن الابن فيه وان سفلت بمنزلة الابن)

وجملة ذلك أن المرأة إذا عقد الرجل عقد النكاح عليها حرمت على أبيه بمجرد العقد عليها أقول الله تعالى (وحلائل ابنائكم) وهذه من حلائل ابنائه وتحرم على أبيه لقوله سبحانه (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) وهذه قد نكحها أبوه ، وتحرم أمها عليه لقوله سبحانه (وأمهات نسائكم) وهذه منهن وليس في هذا اختلاف بحمد الله الا شيء ذكرناه فيما تقدم ، والجدة كالأب في هذا وابن الابن كالابن فيه لانهم يدخلون في اسم الآباء والابناء وسواء في هذا القريب والبيهيد والوارث وغيره من قبل الأب والام ومن ولد البنين أو ولد البنات وقد تقدم ذلك

لانه وطء لآدمية حية في القبل اشبه وطء الكبير (والثاني) لا ينتشرها وهو قول أبي حنيفة لانه ليس بسبب للبضعية اشبه وطء الميتة

(مسئلة) (وان باشر امرأة أو نظر الى فرجها أو خلاها لشهوة فعلى روايتين)

إذا باشر فيها دون الفرج لغير شهوة لم ينتشر الحرمة بغير خلاف نعلمه وان كان لشهوة وكان في أجنبية لم ينتشر الحرمة ايضا قال الجوزجاني سألت أحمد عن رجل نظر الى ام امرأته من شهوة أو قبلها أو باشرها فقال انا أقول لا يحرم شيء من ذلك الا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور وان كانت المباشرة لامرأة محلة له كأمراة ومملوكته لم تحرم عليه ابنتها قال ابن عباس لا يحرم الربيبة الا الجماع وبه قال طاوس وعمر بن دينار لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يترك النص الصريح من أجله . وأما تحريم امها وتحريمها على أبي الرجل المباشر لها وابنه فإنها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة ولا يظهر للمباشرة أثر ، وأما الامة فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل يثبت تحريم المصاهرة ؟ فيه روايتان (احدهما) ينتشرها روي ذلك عن ابن عمر وابن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قولي الشافعي لانه نوع استمتاع فيتعلم به تحريم المصاهرة كالوطء (والثانية) لا يثبت بها التحريم لانها ملازمة ولا توجب الفسأل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم تكن شهوة ولان ثبوت التحريم اما ان يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا

(مسئلة) قال (وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع فبناتهن في التحريم كهن إلا بنات العمات والخالات وبنات من نكحهن الآباء والأبناء فانهن محلات وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها)

وجملة ذلك أن كل محرمه تحرم ابنتها بالتناول التحريم لها فلا محرم بناتهن لأنهن أخوات أو عمات أو خالات والبنات يحرم بناتهن لأنهن بنات ويحرم بنات الأخوات وبناتهن لأنهن بنات الأخوات وكذلك بنات بنات الأخ لا بنات العمات والخالات فلا يحرم بالاجماع لقول الله تعالى (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) فأهلن الله لنبه عليه السلام ، ولأنهن لم يذكرن في التحريم فيدخلن في قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والأبناء لأنهن حرم لكونهن حلال للآباء والأبناء ولم يوجد ذلك في بناتهن ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلن في قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محلات لقوله سبحانه (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) ومن الراتب وليس هؤلاء من حرمت أمهن وأنا ذكرها لأنها محلة فيشتبه حكمها ، فإن قيل : فلم حرمت ابنة الريبة ولم تحرم ابنة حليمة الابن ؟ قلنا لان ابنة الريبة ربيبة وابنة الحليمة ليست حليمة . ولأن علة تحريم الريبة

هو في معنى المنصوص عليه ولا المجمع عليه فإن الوطء يتماق به من الأحكام استقرار المهر والاحصان والاعتساف والعدة وفساد الاحرام والصيام بخلاف اللبس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل قال شيخنا وهذا الذي ذكرنا أقرب للصواب إن شاء الله تعالى

(فصل) ومن نظر الى فرج امرأة لشهوة فهو مكسها لشهوة فيه أيضا روايتان (إحداهما) ينشر الحرمة في موضع ينشرها اللبس روي عن عمر وابن عمر وطمر بن زمة وكان بدرى وعبد الله بن عمرو فيمن يشتري الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لايه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول وحامد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال «من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها وبناتها» وفي رواية — لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها والثانية لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر الى الوجه والخبر ضعيف قال الدارقطني : وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كنى بذلك عن الوطء وأما النظر الى سائر البدن فلا ينشر حرمة وقال بعض أصحابنا لا فرق بين النظر الى الفرج وسائر البدن لشهوة والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينها من الفرق ولا خلاف نعلمه في أن النظر الى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضا (المغني والشرح الكبير) (٦١) (الجزء السابع)

انه يشق التحرز من النظر اليها والحلوة بها بكونها في حجره في بيته ، وهذا المعنى يوجد في بنتها وان سفلت والحليلة حرمت بنكاح الاب والابن لها ولا يوجد ذلك في ابنتها

﴿مسئلة﴾ قال (ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة)

يعني انه يثبت به تحريم المصاهرة فاذا زنا بامراة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها كما لو وطئها بشبهة أو حللاً ، ولو وطئ أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد على هذا في رواية جماعة ، وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وعطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وإسحاق وأصحاب الرأي

وروي عن ابن عباس ان وطء الحرام لا يحرم وبه قال سعيد بن المسيب وبجي بن يعمر وعروة والزهرى ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لما روي عن النبي ﷺ انه قال « لا يحرم الحرام الحلال » ولانه وطء لا نصبر به الموطوءة فراشا فلا يحرم كوطء الصغيرة

ونما قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آؤكم من النساء) والوطء يسمى نكاحاً ، قال الشاعر
 * إذا زينت فأجد نكاحاً * فعمل في عمره الآية وفي الآية قرينة تصرفه الى الوطء وهو قوله سبحانه وتعالى (انه كان فاحشة ومقنناً وساء سبيلاً) وهذا التعليل انما يكون في الوطء ، وروي عن

في ان النظر الى الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً ان النظر اذا وقع من غير شهوة لا ينشر الحرمة لان اللبس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر اذا لم يكن لشهوة فالتنظر أولى وموضع الخلاف في اللبس والنظر فيمن بلغت تسع سنين فازاد فالما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن أحمد في بنت سبع اذا قبلها حرمت امها قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فان نظرت المرأة الى فرج رجل لشهوة فحكه في التحريم حكم نظره اليها نص عليه أحمد لانه معنى يوجب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع وكذلك ينبغي ان يكون حكم لمسه اليه وقبلها اياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) والصحيح ان الحلوة بالمرأة لا تنشر الحرمة وقد روي عن أحمد : اذا خلا بالمرأة وجب الصداق والعدة ولا يحل له ان يتزوج امها وابنتها قال القاضي هذا محمول على انه حصل مع الحلوة مباشرة فيخرج كلامه على احدى الروايتين اللتين ذكرناهما فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر في تحريم الريبة لما في ذلك من مخالفة قوله تعالى (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وأما الحلوة بأجنبية أو أمته فلا ينشر تحريمها لانعلم في ذلك خلافاً

﴿مسئلة﴾ (ومن يوطئ بغلام حرم على كل واحد منهما ام الآخر وابنته)

قاله بعض أصحابنا قال ونص عليه أحمد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة

النبي ﷺ انه قال « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابتنها » وروى الجوزجاني باسناده عن وهب بن سنبه قال « ما عاون من نظر الى فرج امرأة وابتنها » فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه . ولان ما يتعلق من التحريم بالوطء المباح يتعلق بالمحظور كوطء الحائض ولان النكاح عقد يفسده الوطء بالشبهة فأفسده الوطء الحرام كالأحرام ، وحديثهم لا يعرف صحته وانما هو من كلام ابن أسود بعض قضاة العراق كذلك قال الامام أحمد . وقيل انه من قول ابن عباس ووطء الصغيرة ممنوع ثم يبطل بوطء الشبهة (فصل) والوطء على ثلاثة أضرب : مباح وهو الوطء في نكاح صحيح أو ملك يمين فيتعلق به تحريم المصاهرة بالإجماع ويعتبر محرما لمن حرمت عليه لانها حرمت عليه على التأييد بسبب مباح أشبه النسب (الثاني) الوطء بالشبهة وهو الوطء في نكاح فاسد أو شراء فاسد أو وطء امرأة ظنها امرأته أو أمته أو وطء لامة المشتركة بينهما وبين غيره وأشياء هذا فهذا يتعلق به التحريم كتحلقه بالوطء المباح إجماعا ، قال ابن المذخر أجمع كل من نحفظ عنه من علماء الأئمة ان على الرجل اذا وطئ امرأة بنكاح فاسد أو بشراء فاسد انها تحرم على ابيه وابنه وأجداده وولد ولده وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشريري والشافعي وأحمد وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، ولانه وطء يلحق به النسب فأثبت التحريم كالوطء المباح ولا يصير الرجل محرما لمن حرمت عليه ولا يباح له به النظر اليها لان الوطء ليس بمباح ولان المحرمة تتعلق بكال حرمة الوطء لانها اباحة ولان الموطوءة لم يستيح النظر اليها فلان لا يستيح النظر الى غيرها أولى

كوطء المرأة ولانها بنت من وطئه أو أمه فحرمتا عليه كما لو كانت الموطوءة انثى وقال ابو الخطاب يكون كالباشرة فيما دون الفرج فيكون فيه الروايتان والصحيح ان هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهم في التحريم فيدخل في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانهم غير منصوص عليهم ولا هو في معنى المنصوص عليه فوجب ان لا يثبت حكم التحريم فيهم فان المنصوص عليهم في هذا حالات الابناء ومن نكحهن الآباء وامهات النساء وبناتهن وليس هؤلاء منهم ولا في مناهن ولان الوطء في المرأة يكون سببا للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب وتصير به المرأة فراشا وتثبت احكاما لا يشبهها اللواط فلا يجوز الحاقه به لعدم العلة وانقطاع الشبه ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فهنا أولى وان قدر بينهما شبه من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به وإطراح النص بمثله

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح ابنته من الزنا واخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه واخته من الزنا في قول عامة الفقهاء وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز له لانها اجنبية منه ولا تنسب اليه شرطا ولا يجرى التوارث بينهما ولا تعتق عليه اذا ملكها ولا يلزمه فقهها فلم تحرم عليه كسائر الاجانب

(الثالث) الحرام المحض وهو الزنا فيثبت به التحريم على الخلاف المذكور ولا تثبت به المحرمية ولا إباحة النظر لانه اذا لم يثبت بوطء الشبهة فالحرام المحض أولى ولا يثبت به نسب ولا يجب به المهر اذا طأعته فيه .

(فصل) ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنا في القبل والدبر لانه يتعلق به التحريم فيما اذا وجد في الزوجة والامة فكذلك في الزنا فان تلوط بعلام فقال بعض أصحابنا يتعلق به التحريم أيضا فيحرم على اللانط أم الغلام وابنته وعلى الغلام أم اللانط وابنته قال ونص عليه أحد وهو قول الاوزاعي لانه وطء في الفرج فنشر الحرمة كوطء المرأة ولانها بنت من وعائه ولم يخرجنا عليه نكاح لو كانت الموداة أثى . وقال ابو الخطاب يكون ذلك كالبائسة دون الفرج يكون فيه روايتان والصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة فان هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم فيدخلن في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولانهم غير منصوص عليهن ولا في معنى المنصوص عليه فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن فان المنصوص عليهن في هذا حلال الابدان ومن نكحن الاباء وأمهات النساء وبناهن واپس هؤلاء منهن ولا في معناه لان الوطء في المرأة يكون سببا للبضعية ويوجب المهر ويلحق به النسب ونصير به المرأة فراشا ويثبت أحكاما لا يثبتها القواطع فلا يجوز إلحاق بهن لعدم العلة وانقطاع الشبهة ولذلك لو أرضع الرجل طفلا لم يثبت به حكم التحريم فهنا أولى ، وإن قدر بينهما شبهة من وجه ضعيف فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به وإطراح النص به .

ولنا قوله تعالى (حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فانها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة وما يدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن امية انظروه « يعني ولدها » فان جاءت به على دفعة كذا فهو لشريك بن سحماء « يعني الزاني ولانها مخلوقة من مائه فاشبهت المخلوقة من وطء الشبهة ولانها بضعة منه فلم يحل له كبتته من النكاح وتختلف بعض الاحكام لا ينفي كونها بنتا كما لو تخلف لرق او اختلاف دين اذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل ان يطاء امرأة في طهر لم يصبها فيه غيره ثم يحفظها حتى تضع أو يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم هل هو منه أو من غيره ؟ فانه يحرم على جميعهم لو جهلوا احدها انها بنت موطوءهم الثاني انا نعلم انها بنت بعضهم فنحرم على الجميع كما لو زوج الوليان ولم يعلم السابق منهما وتحرم على أولادهم لانها ابنة بعضهم غير معلوم فان الحقها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقيين

(القسم الرابع) الملاعة تحرم على الملا عن على التأييد أما اذا لم يكذب نفسه فلا نعلم أحدا قال بخلاف ذلك الا قولا شاذا فان كذب نفسه فالمشهور في المذهب انها باقية على التحريم انؤبد وعن أحد رواية شاذة أنها تحل له وتعود فراشا له إذا لم يكن وجد منه ما يثبتها لانه رجع عن المعنى المحرم فزال التحريم ولذلك يجد ويلحقه نسب الولد وهذه الرواية شذ بها حبل عن أصحابه وتفرد بها

(فصل) ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا وأخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنا وهو قول عامة الفقهاء ، وقال مالك والشافعي في المشهور من مذهبه يجوز ذلك كله لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعاً ولا يجري التوارث بينهما ولا تعتق عليه إذا ملكها ولا تلزمه نفقة فلم يحرم عليه كسائر الأجانب .

ولنا قول الله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) وهذه بنته فانها أنثى مخلوقة من مائه هذه حقيقة لا يختلف بالحل والحرم ويدل على ذلك قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية « انظروه يعني ولدها فان جاءت به على صفة كذا فهو لشريك بن رجاء » يعني الزاني ولأنها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا يختلف بالحل والحرم فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة ولأنها بضعة منه فلم تحل له كنهه من النكاح ونخف بعض الأحكام لا ينفى كونها بنتاً كما لو نخف لرق أو اختلاف دين . إذا ثبت هذا فلا فرق بين علمه بكونها منه مثل أن يوطأ امرأة في طهر لم يصيبها فيه غيره ثم يحتفظها حتى تضع أو مثل أن يشترك جماعة في وطء امرأة فتأتي بولد لا يعلم دل هو منه أو من غيره ؟ فانها محرم على جميعهم لوجوب

(أحدهما) أنها بنت موطوءتهم (والثاني) أننا علم أنها بنت بعضهم فتحرم على الجميع كالزوج الأوليان ولم يعلم السابق منها وتحرم على أولادهم لأنها أخت بعضهم غير معلوم فان ألحقها القافة بأحدهم حلت لأولاد الباقين ولم تحل لأحد ممن وطئ أمها لأنها في معنى ربيته

والعمل على الرواية الأولى وهذا يذكر في باب اللعان مبسوطاً إن شاء الله تعالى .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (الضرب الثاني الحرمات إلى أمد وهن نومان)

(أحدهما) الحرمات لأجل الجمع فيحرم الجمع بين الاختين سواء كانتا من نسب أو رضاع حرتين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة من أبوين كانتا أو من أب أو أم وسواء في هذا ما قبل الدخول أو بعده لعدم قوله تعالى (وإن تجمعوا بين الاختين)

(مسألة) (ويحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على القول به وليس بحمد الله اختلاف إلا أن بعض أهل البدع ممن لا تمد مخالفته خلافاً وهم الرافضة ، والخوارج لم يحرموا ذلك ولم يقولوا بالسنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي ماروى أبو هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجمعوا بين المرأة وعمتها ، ولا بين المرأة وخالتها » متفق عليه ، وفي رواية أبي داود « لا تنكح المرأة على عمها ولا العمة على بنت أختها ولا المرأة على خالتها ولا الحالة على بنت أختها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » ولأن العلة في تحريم الجمع بين الاختين إيقاع العداوة بين الاقارب وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم ، فان احتجوا بعدم قوله سبحانه (وأحل لكم ما وراء ذلكم) خصصناه بما روينا وبأننا أن رجلين من الخوارج أتيا عمر بن عبدالعزيز فكان بما أنكر عليه وجم الزانيين والجمع

(فصل) ووطء الميتة يحتمل وجهين (أحدهما) ينشر الحرمة لانه معنى ينشر الحرمة المؤبدة فلم يختص بالحياة كالرضاع (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة والشافعي لانه ليس بسبب للبضعية ولان التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء والموت يبطل المنافع ، وأما الرضاع فيحرم لما يحصل به من انبات اللحم وانتشار العظم وهذا يحصل من لبن الميتة وفي وطء الصغيرة أيضاً وجهان (أحدهما) ينشرها وهو قول أبي يوسف لانه وطء لآدمية حية في القبل أشبه وطء الكبيرة (والثاني) لا ينشرها وهو قول أبي حنيفة لانه ليس بسبب للبضعية أشبه وطء الميتة

(فصل) فأما المباشرة فيما دون الفرج فان كانت لغیر شهوة لم تنشر الحرمة بغير خلاف فعله ، وان كانت لشهوة وكانت في أجنبية لم تنشر الحرمة أيضاً قال الجوزجاني سألت أهد عن رجل نظر إلى أم امرأته في شهوة أو قلها أو باشرها فقال أنا أقول لا يحرم شيء من ذلك إلا الجماع وكذلك نقل أحمد بن القاسم وإسحاق بن منصور ، وان كانت المباشرة لاسرأة محلاة له كاسرائة أو مملوكته لم تحرم عليه ابنتها . قال ابن عباس لا يحرم الربيبة إلا جماع أمها وبه قال طاووس وعمر بن دينار لان الله تعالى قال (فان لم تكونوا دخلتم بها فلا جناح عليكم) وهذا ليس بدخول فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأما تحريم أمها وتحريمها على أبي المباشرة لها وابنتها فأنها في النكاح تحرم بمجرد العقد قبل المباشرة فلا يظهر للمباشرة أثر ، وأما الامة فتى باشرها دون الفرج لشهوة فهل ثبت تحريم المباشرة فيه

بين المرأة وعمتها وبنتها وبين خالتها ، وقالوا ليس هذا في كتاب الله تعالى ، فقال لها : كم فرض الله عليكم من الصلاة ؟ قالوا : خمس صلوات في اليوم واليلة . وسألها عن عدد ركعاتها فأخبراه بذلك . وسألها عن مقدار الزكاة ونصيبها فأخبراه . فقال وأين تجدان ذلك في كتاب الله ؟ قالوا لا نجد في كتاب الله . قال فمن أين صرنا ؟ فقالوا فعله رسوله الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون بعده قال فكذلك هذا ولا فرق بين الخالة والعمة حقيقة أو مجازاً كميات آباؤها وخالاتهم ، وعمات أمهاتها وخالاتهن وإن علت درجاتهن من نسب كان ذلك أو رضاع وكل شخصين لا يجوز لأحدهما أن يتزوج الآخر لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى لأجل القرابة لا يجوز الجمع بينهما لتأدية ذلك إلى قطع الرحم القرينية لما في الطباع من التنافس والغيرة من الضرائر ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وأمها في العقد لما ذكرناه ولان الام الى بنتها أقرب من الاختين فإذا لم يجمع بين الاختين فالمرأة وبنتها أولى

(فصل) ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم وابنتي الخال في قول عامة أهل العلم لعدم النص فيهما بالتحريم ودخولهما في عموم قوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولان احداهما تحل لها الاخرى لو كانت ذكراً وفي كراهة ذلك روايتان (احداهما) يكره روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال جابر ابن زيد وعطاء والحسن وسعيد بن عبد العزيز ، وروي أبو حفص بإسناده عن عيسى بن طلحة قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تزوج المرأة على ذي قرابتها القطيعة ولانه مفض الى قطيعة

روايتان (إحداهما) ينشرها روي ذلك عن ابن عمر وعبد الله بن عمرو ومسروق وبه قال القاسم والحسن ومكحول والنخعي والشعبي ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة وعلي بن المديني وهو أحد قول الشافعي لانه نوع استمتاع فتعلق به تحريم المصاهرة كالوطء في الفرج ولانه تلذذ بمباشرة يتعلق به التحريم كما لو وطئ . (والثانية) لا يثبت به التحريم لانها ملاسة لا توجب الغسل فلم يثبت بها التحريم كما لو لم يكن بشهوة لان ثبوت التحريم اما أن يكون بنص أو قياس على المنصوص ولا نص في هذا ولا هو في معنى المنصوص عليه ولا المجموع عليه فان الوطء يتعلق به من الاحكام استقرار المهر والاحصان والغتسال والمدة وافساد الاحرام والصيام بخلاف القمس وذكر أصحابنا الروايتين في جميع الصور من غير تفصيل وهذا الذي ذكرناه أقرب الى الصواب ان شاء الله سبحانه

(فصل) ومن نظر الى فرج امرأة بشهوة فهو كالمسها لشهوة فيه أيضاً روايتان (إحداهما) ينشر الحرمة في الموضع الذي ينشرها القمس ، روي عن عمرو بن عمرو وعاصم بن ربيعة وكان بدرية وعبد الله ابن عمرو فيمن يشترى الخادم ثم يجردها أو يقبلها لا يحل لانه وطؤها وهو قول القاسم والحسن ومجاهد ومكحول ومحمد بن أبي سليمان وأبي حنيفة لما روى عبد الله بن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال « من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها وابنتها » وفي لفظ « لا ينظر الله الى رجل نظر الى فرج امرأة وابنتها » (والثانية) لا يتعلق به التحريم وهو قول الشافعي ، وأكثر أهل العلم لقوله تعالى (وأحل

الرحم المأمور بصلتها فأقل أحواله الكراهة (والآخرى) لا يكره وهو قول سليمان بن يسار والشعبي وحسن بن حسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبي عبيد لانهما ليست بينهما قرابة تحرم الجمع فلا يقتضي كراهة كسائر الاقارب .

﴿ مسألة ﴾ (فان جمع بينهما في عقد واحد لم يصح)

اذا جمع بين الاثنين في عقد واحد أو جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في عقد عليهما لم يصح العقد في واحدة منهما لانه لا يمكن تصحيحه فيها ولا مزية لاحدهما على الاخرى فيطلق فيها كالمزوج المرأة لرجلين وكذا لو تزوج خمسا في عقد واحد بطل في الجميع لذلك .

﴿ مسألة ﴾ (وإن تزوجها في عقدين أو تزوج احدهما في عدة الاخرى سواء كانت باثناً أو رجعية فنكاح الثانية باطل . أما اذا تزوجها في عقدين وعلم الاولى فنكاحه صحيح لانه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به وبالعقد على الاولى تحرم الثانية فلا يصح عقده عليها حتى تين الاولى وتتقضي عدتها .

(فصل) (فان لم يعلم أولاهما فعليه فرقتهما مآ)

قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أولا ؟ يفرق بينهما لان إحداهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا يعرف المحللة له فقد اشتبهت عليه ونكاح احدهما صحيح ولا يتيقن ينوتها منه

لكم ما ودا. ذلكم) ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه والخبر ضعيف
 قاله الدارقطني وقيل هو موقوف على ابن مسعود ثم يحتمل أنه كني بذلك عن الوطء، وأما النظر إلى
 سائر البدن فلا ينشر حرمة، وقال بعض أصحابنا لافرق بين النظر إلى الفرج وسائر البدن لشهوة
 والصحيح خلاف هذا فإن غير الفرج لا يماس عليه لما بينهما من الفرق ولا خلاف نعلمه في أن النظر إلى
 الوجه لا يثبت الحرمة فكذلك غيره ولا خلاف أيضاً في أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة
 لأن الممس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغیر شهوة فالنظر أولى وموضع الخلاف في الممس والنظر
 فيمن بلغت سنًا يمكن الاستمتاع بها كابتة نسم فازاد فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك وقد روي عن أحمد في بنت
 صبيح إذا قبلها حرمت عليه أمها. قال القاضي هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة

(فصل) فإن نظرت المرأة إلى فرج رجل لشهوة فحكمه في التحريم حكم نظره إليها نص عليه
 أحمد لأنه معنى بوجوب التحريم فاستوى فيه الرجل والمرأة كالجماع، وكذلك ينبغي أن يكون حكم
 لمسها له وقبلتها إياه لشهوة لما ذكرنا

(فصل) فأما الخلوة بالمرأة فالصحيح أنها لا تنشر حرمة، وقد روي عن أحمد إذا خلا بالمرأة
 وجب الصداق والعدة ولا يحل له أن يتزوج أمها وابنتها. قال القاضي هذا محمول على أنه حصل مع
 الخلوة مباشرة فيخرج كلامه على إحدى الروايتين القتين ذكرناها فاما مع خلوه من ذلك فلا يؤثر

لا بطلاقهما جميعاً أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الوليان ولم يعرف الأول منهما وإن أحب
 أن يفارق إحداهما ثم يجدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بشيرها ولا
 يخلو من ثلاثة أقسام:

(أحدها) أن لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على إحداها في الحال بعد فراق الأخرى
 (الثاني) إذا دخل بإحداها فإن أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ثم ترك المصاهرة حتى تنقضي
 عدتها ثم نكحها لانا لأننا من أن تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فهذا اعتبرنا انقضاء
 عدتها ويحتمل جواز العقد عليها في الحال لأن النسب لاحق به فلا يمان ذلك عن مائه فإن أحب نكاح
 الأخرى فارق المصاهرة بطلقة ثم استظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها.

(القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى وتنقضي عدتها
 من حين فارقها وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها، وإن ولدت إحداها أو هما جميعاً فأنسب
 لاختوته لانه أما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق النسب فيه وإن لم يرد نكاح واحدة
 منهما فارقهما بطلقة طلقة

(فصل) فأما المهر فإن لم يدخل بواحدة منهما فلا إحداها نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما
 فيصطلحان عليه فإن لم يفعلا أقرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع عيبتها وقال أبو بكر اختياري

في تحريم الرتبة لما في ذلك من مخالفة قوله سبحانه (فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وقوله (وأحل لكم ما وراء ذلكم) وأما الخلوة بأجنبية أو أمته فلا تنشر تحريماً لانعلم في ذلك خلافاً وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك الميّن لانه اذا حرم العقد المراد لاوطء فالوطء أولى

(مسألة) قال (وان تزوج أختين من نسب أو رضاع في عقد واحد فسد وان تزوجهما في عقدين فالأولى زوجته والقول فيهما القول في المرأة وعمتها والمرأة وخالتها)

وجملة ذلك أن الجمع بين المرأة واختها أو عمتها أو خالتها محرم فن جمع بينهما فعقد عليهما معا لم يصح العقد في واحدة منهما لانه لا يمكن تصحيحه فيهما ولا مزية لاحداهما على الأخرى فيبطل فيهما كما لو زوجت المرأة لرجلين وهكذا لو تزوج خمسة في عقد واحد بطل في الجميع كذلك وان تزوجهما في عقدين فنكاح الأولى صحيح لانه لا جمع فيه ونكاح الثانية باطل لان الجمع يحصل به فبالعقد على الأولى تحرم الثانية ولا يصح عقده عليهما حتى تبين الأولى منه وبزول نكاحها وعدتها (فصل) فان تزوجهما في عقدين ولم يدبر أولاهما فعليه فرقتهما معا قال أحمد في رجل تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوج أولاً: ففرق بينه وبينهما وذلك لان احدهما محرمة عليه ونكاحها باطل ولا تعرف المحللة له فقد اشبهتها عليه ونكاح احدهما يصح ولا تتيقن بينهما منه إلا بطلاقهما جميعاً

أن يسقط المهر اذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول فان دخل بواحدة منها أفرع بينهما فان وقعت لغير المصابة فلها نصف المهر والمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للأخرى والمصابة المسمى جميعه وان أصابهما فلاحدهما المسمى وللأخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما .

(فصل) قال أحمد اذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها انزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية انما كان كذلك لانه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يحز له حتى تنقضي عدة الموطوءة فلذلك لا يجوز له وطء امرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها (مسألة) (وان اشترى أخت امرأته أو عمتها أو خالتها صح)

لان الشراء يراد الاستمتاع وغيره وكذلك صح شراء من لا يحل له كالجوسية وأخته من الرضاع ولا يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضي عدتها لئلا يكون جامعاً بينهما في الفراش أو جامعاً مائة في رحم أختين وذلك لا يحل لما روي عن النبي ﷺ أنه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع مائة في رحم أختين .

أو فسخ نكاحهما فوجب ذلك كما لو زوج الويان ولم يعرف الاول منهما وان أحب أن يفارق أحدهما ثم يحدد عقد الأخرى ويمسكها فلا بأس وسواء فعل ذلك بقرعة أو بغير قرعة ولا يخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) ان لا يكون دخل بواحدة منهما فله أن يعقد على أحدهما في الحال بهد فراق الأخرى (الثاني) إذا دخل بأحدهما فان أراد نكاحها فارق التي لم يصحبها بطلقة ثم ترك المصابة حتى تنقضي عدتها ثم نكحها لا تنافي لأننا لا نأمن أن تكون هي الثانية فيكون قد أصابها في نكاح فاسد فلهذا اعتبر ما انقضاء عدتها ويحتمل أن يجوز له العقد عليها في الحال لان النسب لاحق به ولا يبان ذلك عن مائه وان أحب نكاح الأخرى فارق المصابة بطلقة ثم انتظرها حتى تنقضي عدتها ثم تزوج أختها (القسم الثالث) إذا دخل بهما فليس له نكاح واحدة منهما حتى يفارق الأخرى وتنقضي عدتها من حين فرقتها وتنقضي عدة الأخرى من حين أصابها وان ولدت منه إحداها أو هما جميعاً فالنسب لاحق به لانه اما من نكاح صحيح أو نكاح فاسد وكلاهما يلحق بالنسب فيه وان لم يرد نكاح واحدة منهما فارقهما بطلقة طلقة

(فصل) فأما المهر فان لم يدخل بواحدة منهما فلا أحدهما نصف المهر ولا نعلم من يستحقه منهما فيصطلحان عليه وان لم يفعلا أفرع بينهما فكان لمن خرجت قرعتها مع يمينها وقال أبو بكر اختياري أن يسقط المهر إذا كان مجبراً على الطلاق قبل الدخول وان دخل بواحدة منهما أفرع بينهما فان وقت

﴿مسئلة﴾ (وان اشتراهن في عقد واحد صح لما ذكرنا)

ولا نعلم حالاً في ذلك ولو اشترى جارية ووطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها وقد ذكرناه كما لا يحل له شراء المعتدة والمزوجة مع أنها لا تحل له

﴿مسئلة﴾ (وله وطء إحداها لان الأخرى لم تصرف فرائشاً)

وهذا قول أكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لأحمد .

ولنا أنه لم يجمع بينهما في الفرائش فلم يحز كما لو كان في ملكه أحدهما وحدها

(فصل) وليس له الجمع بين الأختين من إيمانه في الوطء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود وعمن قال بتحريره عبد الله بن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وروي عن ابن عباس أنه قال أحدهما آية وحر منهما آية ولم أكن لأفعله وروي ذلك عن علي أيضاً يريد بالحرمة قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الأختين) وبالخللة قوله تعالى (الا على أزواجهن او ما ملكت أيمانهم) وروي ابن منصور عن أحمد وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين أحراماً هو؟ قال لا أقول حرام ولكن ينهى عنه وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالاً بالآية الخللة لان حكم الحرار في الوطء يخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية

لغير المصابة فلها نصف المهر والمصابة مهر المثل بما استحل من فرجها وان وقعت على المصابة فلا شيء للآخرى والمصابة المسمى جميعه وان أصابهما معا فلاحداهما المسمى والآخرى مهر المثل يقرع بينهما فيه ان قلنا ان الواجب في النكاح الفاسد مهر المثل وان قلنا بوجوب المسمى فيه وجب ههنا لكل واحد منهما

(فصل) قال أحمد إذا تزوج امرأة ثم تزوج أختها ودخل بها اعتزل زوجته حتى تنقضي عدة الثانية إنما كان كذلك لأنه لو أراد العقد على أختها في الحال لم يجوز له حتى تنقضي عدة الموطوءة كذلك لا يجوز الوطء لامرأته حتى تنقضي عدة أختها التي أصابها

(مسألة) قال (وان تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد واحد ثبت نكاح الاجنبية)

وجملة ذلك أنه إذا عقد النكاح على أخته وأجنبية معا بان يكون لرجل أخت وابنة عم احداهما رضیعة المتزوج فيقول له زوجتكما معا فيقبل ذلك فالمنصوص ههنا صحة نكاح الاجنبية ونص فيمن تزوج حرة وأمة على أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة وقيل فيه روايتان (احداهما) يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختيار أبي بكر لانها لفظة واحدة جمعت حلالا وحراما فلم تصح كما لو جمع بين أختين .

الحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤها والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالحرمت جميعهن وهذامنهن ولانها امرأة صارت فراشا غرمت أختها كالزوجة. (مسألة) (وان وطئ احداهما فليس له وطء الاخرى حتى يحرم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج)

هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي فان رهنها لم تحل له أختها لان منعه من وطئها لحق المهرن لا لتحريمها ولهذا يحل له باذن المهرن فيه ولانه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه ، وقال قتادة ان استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد فقاه بدعوى الاستبراء انتفى فأشبهه ما لو زوجها .

ولنا قول علي وابن عمر ولانه لم يزل ملكه عنها ولا أحلها له فأشبهه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولان ذلك لا يمنعه وطأها فلا بأس من عوده اليها فيكون ذريعة الى الجمع بينهما وان حرم احداهما فظاهر كلام الحنفي أنه لا تحل له الاخرى وهو مقتضى كلام شيخنا في الكتاب المشروح وقال أصحاب الشافعي تحل له الاخرى لانها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبهه التزويج ولئلا أنه نشأ من إباحتها بما لا يقف على غيرها

(فصل) وإذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرئ الخرجة وتعلم برامتها من الحل

(والثانية) يصبح في الحرة وهي أظهر الروایتين وهذا قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل للنكاح أضيف إليها عقد صادر عن أهل لم يجتمع معها فيه مثلها فصح كالأول انقردت به وفارق العقد على الاختين لأنه لا زينة لأحدهما على الأخرى وهما قد تعينت التي بطل النكاح فيها فعلى هذا القول يكون لها من المسمى بوسط مهر مثلها منه وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقهما أو نصفين؟ على وجهين يأتي ذكرهما إن شاء الله

(فصل) ولو تزوج هندية ومجوسية ومحللة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الأخرى وجهان، وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الأمة وفي الحرائر وجهان، وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع، وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لأن الجمع بينهما محرم فلم يصح فيهما كالاختين

(مسئلة) قال (وإذا اشترى أختين فأصاب أحدهما لم يصب الأخرى حتى تحرم الأولى ببيع أو نكاح أو هبة وما أشبهه ويعلم أنها ليست بحامل فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى تحرم عليه الأولى)

الكلام في هذه المسئلة في فصول ستة:

(افصل الأول) أنه يجوز الجمع بين الاختين في المالك بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك بينهما

فإن كانت حاملاً منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لأنه يكون جامعاً في رحم أختين فهو بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها

(مسئلة) (فإن عادت إلى ملكه لم يبطأ واحدة منهما حتى يحرم الأخرى)

مضى زال ملكه عن الموطوءة زوالاً أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه فليس له وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى بإخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي لا تحرم عليه واحدة منهما لأن الأولى لم تبق فراشاً فأشبهه مالو وطئ أمة ثم اشترى أختها ولنا أن هذه صارت فراشاً وقد رجعت إليه التي كانت فراشاً فحرمت كل واحدة منهما بكون أختها فراشاً كما لو انقردت به فأما إذا وطئ أمة ثم اشترى أختها فإن المشتراة لم تكن فراشاً له لكن هي محرمة عليه باستفراش أختها ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت إليه قبل وطء أختها فهي حلال وأختها محرمة عليه لأن أختها فراشه وقد روي عن أحمد أن الجمع بين الاختين في الوطء بمالك البين لا يحرم بل ينهي عنه فيكون مكروهاً وقد ذكرناه والمذهب أن ذلك حرام والله أعلم

(فصل) فإن وطئ أمتيه الاثنتين معاً فوطء الثانية محرم ولا حد فيه لأنها ملكه ولأن في حلها

وبين عمتها وخالتها ، ولو اشترى جارية فوطئها حل له شراء أختها وعمتها وخالتها لان المالك يقصد به التمول دون الاستمتاع ، وكذلك حل له شراء المجوسية والثنية والعقدة والمزوجة والحرمات عليه بالرضاع والمصاهرة

(الفصل الثاني) أنه لا يجوز الجمع بين الاختين من امانته في الوطء نص عليه احمد في رواية الجماعة وكرهه عمر وعثمان وعلي وعمار وابن عمر وابن مسعود ومن قال بتحريمه عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة وجابر بن زيد وطاوس ومالك والاوزاعي وابو حنيفة والشافعي ، وروى عن ابن عباس انه قال أحلتها آية وحرمتهما آية ولم أكن لأفعله ، وروى ذلك عن علي أيضاً يريد بالحرمة قوله (وإن تجمعوا بين الاختين) وبالحللة قوله تعالى (إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم)

وقد روى ابن منصور عن احمد وسأله عن الجمع بين الاختين المملوكتين أحرام هو ؟ قال لأقول حرام ولكن ننهي عنه وظاهر هذا انه مكروه غير محرم ، وقال داود وأهل الظاهر لا يحرم استدلالاً بالآية المحللة لان حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الاماء ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر وتباح في الاماء بغير حصر والمذهب تحريمه للآية المحرمة فانه يريد بها الوطء والعقد جميعاً بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن وهذه منهن ولانها امرأة صارت فراشا فحرمت أختها كالزوجة

حلها اختلافاً وله سبيل الى استباحتها بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطء واحدة حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال لا يطؤها حتى يستبرئ الثانية

ولنا ان الثانية قد صارت فراشاً له يلحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطئ الاولى في حيض أو نفاس أو أحرام فان أختها تحرم عليه ويحرم عليه أمها وابنتها على التأيد وكذلك لو وطئ بشبهة في هذه الحال ولو وطئ امرأته حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراماً أو حلالاً

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج والنظر الى الفرج لشهوة فيما يرجع الى تحريم الاخت كحكمه في تحريم الزبيدة والصحيح أنها لا تحرم ولان الحل ثابت بقوله تعالى (أو ما ملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك إنما تثبت بقوله (وإن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العقد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا في معنهما .

(مسئلة) (وان وطئ أمته ثم تزوج أختها لم يصح عند أبي بكر)

وقد سئل أحمد عن هذا فقال لا يجمع بين الاختين الا مئتين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهو إحدى الروايات عن مالك قال القاضي هو ظاهر كلام أحمد لان النكاح تصير به المرأة فراشا

(الفصل الثالث) أنه اذا كان في ملكه أختان فله وطء احدهما في قول أكثر أهل العلم وقال الحكم وحماد لا يقرب واحدة منهما، وروي ذلك عن النخعي وذكره أبو الخطاب مذهباً لا حمداً. ولنا أنه ليس يجمع بينهما في الفراش فلم يحرم كالأول كان في ملكه احدهما فقط

(الفصل الرابع) أنه اذا وطئ احدهما فليس له وطء الاخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه باخراج عن ملكه أو تزويج هذا قول علي وابن عمر والحسن والاوزاعي واسحاق والشافعي، فإن رهنها لم تحل له أختها لأن منعه من وطئها لحق المرتن لالتحريمها ولهذا يحل له باذن المرتن في وطئها ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها اليه، وقال قتادة إن استبرأها حلت له أختها لانه قد زال فراشه ولهذا لو أتت بولد ففاه بدعوى الاستبراء اتفقت فاشبه ما لو زوجها

ولنا قول علي وابن عمر ولأنه لم يزل ملكه عنها ولا حلها له فأشبه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء ولأن ذلك لا يمنعه وطأها فلا يأمن عوده اليها فيكون ذلك ذريعة الى الجمع بينهما وإن حرم احدهما على نفسه لم تبيح الاخرى لأن هذا لا يجردها إنما هو بمن يكفر ولو كان يحرمها إلا أنه لعارض متى شاء ازاله بالكفارة فهو كالحيض والنفاس والاحرام والعيام، وإن كاتب احدهما فظاهر كلام الحنفي أنه لا تحل له الاخرى، وقال اصحاب الشافعي تحل له الاخرى لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه فأشبهه التزويج

ولنا أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرها فلم تبيح له أختها كالمرهونة

فلم يحز أن ترد على فراش الاخت كالوطء ولأنه فعل في الاخت ما ينافي بإباحة أختها فلم يحز كالوطء وظاهر كلام أحمد أنه يصح ذكره أبو الخطاب ولا يطؤها حتى يحرم الموطوءة وهو مذهب أبي حنيفة لأنه سبب يستباح به الوطء فجاز أن يرد على وطء ولا يبيح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحل له المنكوحة وتحرم أختها لأن النكاح أقوى من الوطء بملك البين فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى ووجه الأولى ما ذكرناه ولأن وطء مملوكة معنى يحرم أختها لعل الجمع فنع صحة النكاح كالزوجة ويفارق الشراء فإنه لا ينحصر في الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا تحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وإن سلم فالوطء أسبق فيقدم ويتم صحة ما طرأ عليه مما ينافية كالمعدة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الأمة يحرم نكاح ابنتها وأما ولأن هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها لكونه لم يشتر الموطوءة فإن عادت الى ملكه لم يبطأ واحدة منهما حتى يحرم الاخرى إذا قلنا بصحة النكاح لأن الأولى عادت الى الفراش فاجتمعا فيه فلم يستبيح واحدة منها قبل اخراج الاخرى عن الفراش.

(فصل) فإن زوج الأمة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فإن عادت الأمة الى ملكه فالزوجة بحالها وحلها باق لأن النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل الأمة وعنه أنه ينبغي أن يحرم احدهما لأن أمته التي كانت فراشاً قد عادت اليه والمنكوحة مستفرشة فأشبه أمته اللتين وطئ إحداها

(الفصل الخامس) انه اذا أخرجها من ملكه لم تحل له أختها حتى يستبرئ. المخرجة ، وبعلم برأتها من الحمل ومتى كانت حاملا منه لم تحل له أختها حتى تضع حملها لانه يكون جامعاً مائه في رحم أختين بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها .

(فصل) فان وطئ أمته الاختين معا فرط. الثانية محرم ولاحد فيه ولان وطأه في ملكه ولانها مختلف في حكمها وله سبيل الى استباحتها بخلاف أختهم الرضاع المملوكة له ولا يحل له وطأ إحداهما حتى يحرم الاخرى ويستبرئها وقال القاضي وأصحاب الشافعي الاولى باقية على الحل لان الوطء الحرام لا يحرم الحلال الا أن القاضي قال : لا يطؤها حتى يستبرئ. اثانية

ولما أن اثانية قد صارت فراشا له بالحقه نسب ولدها فحرمت عليه أختها كما لو وطئها ابتداء ، وقولهم ان الحرام لا يحرم الحلال ليس بخبر صحيح وهو متروك بما لو وطئ. الاولى في حبض أو نفاس أو احرام حرمت عليه أختها وتحرم عليه أمه وابنته على التأيد وكذلك لو وطئ امرأة بشبهة في هذا الحال ولو وطئ امرأة حرمت عليه ابنتها سواء وطئها حراما أو حلالا

(الفصل السادس) أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها فوطئها ثم عادت الاولى الى ملكه فليس له وطأ إحداهما حتى تحرم الاخرى باخراج عن ملكه أو تزويج نص عليه أحمد ، وقال أصحاب الشافعي لا يحرم عليه واحدة منهما لان الاولى لم تبق فراشا فأشبهه ما لو وطئ أمة ثم اشترى أختها

بعد تزويج الاخرى ثم يطلق الزوج أختها فان تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح النكاح ولم تحل له لان النكاح كالوطء فأشبهه ما لو وطئ أمته ثم اشترى أختها فان وطئ أمته حرمنا عليه حتى يستبرئ الأمة ثم تحل له زوجته دون أمته لان النكاح أقوى واسبق وإنما وجب الاستبراء لثلاثا يكون جامعاً مائه في رحم أختين وبمحتمل ان تحرمنا عليه جميعاً حتى يحرم إحداهما كالامتنين وحكم عمه المرأة وخالتها كاختها في تحريم الجمع بينهما في الوطء والتفصيل فيها كالتفصيل في الاختين على ما ذكر

(مسألة) (ولا بأس ان يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

هذا قول أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وبينها في النكاح فعلى عبدالله بن جعفر وعبدالله ابن صفوان بن أمية وهو قول سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى فانهم كرهوه لان إحداهما لو كانت ذكراً حرمت عليه الاخرى فأشبهه المرأة وعمتها

ولنا قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا نهى الا قرابة بينهم) فأشبهها الاجنيتين ولان الجمع حرم خوفاً من قطيعة الرحم القرية بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين ، وبهذا يفارق ما ذكره (فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج

ولنا أن هذه صارت فراشا وتدرجت اليه التي كانت فراشا فحرمت عليه كل واحدة منهما بكون أختها فراشا كما لو انفردت به فاما ان استفرش أمة واشترى أختها، فان المشتراة لم تكن فراشا له بل هي محرمة عليه بافتراش أختها، ولو أخرج الموطوءة عن ملكه ثم عادت اليه قبل وطء أختها فهي حلال له وأختها محرمة عليه لان أختها فراشه

(فصل) وحكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج، والنظر إلى الفرج بشهوة فيما يرجع إلى تحريم للاخت كحكمه في تحريم الربيبة، والصحيح أنه لا يحرم لان الحل ثابت بقوله (أو ما ملكت أيمانكم) ومخالفة ذلك انما ثبتت بقوله (وأن تجمعوا بين الاختين) والمراد به الجمع في العتد أو الوطء ولم يوجد واحد منهما ولا ما في معناهما

(فصل) وان وطئ أخته ثم أراد نكاح أختها فقد سئل احمد عن هذا فقال لا يجمع بين الاختين الا متين فيحتمل أنه أراد ان النكاح لا يصح وهي إحدى الروايات عن ملاك قال القاضي هو ظاهر كلام احمد لان النكاح نصير به المرأة فراشا فلم يجوز أن ترد على فراش الاخت كالوطء. ولأنه فعل في الاخت ما ينافي بإباحة أختها المفترشة فلم يجوز كالوطء، وبمحتمل أن يصح النكاح ولا نباح المنكوحة حتى تحرم أختها وهو مذهب أبي حنيفة. قال ابو الخطاب وهو ظاهر كلام احمد لأنه سبب بفتح به الوطء. فجاز أن يرد على وطء الاخت ولا يباح كالشراء، وقال الشافعي يصح النكاح وتحلل له المنكوحة وتحرم

أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان ما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فإنه ليس بينهما قرابة ولا سبب يقتضي التحريم وكونه أخا لأختها لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم فيبقى على الإباحة لعموم الآية ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولدا صار عمًا لولدهما وخالا

(فصل) إذا تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه فتى تزوج امرأة وزوج أباه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فاذا ولد لكل واحد ولد كان ولد الاب عم ولد الام وولد الابن خال ولد الاب ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني أمها فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرتني بقرابة ولدك من ولد أهلك أخبرتك فقال الرجل: يا أمير المؤمنين هذا العريان ابن الهيثم الذي وليته قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله.

(فصل) إذا تزوج رجل امرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه فوطئها فإن وطء الاول يوجب عليه مهر مثلها لانه وطء شبهة ويفسخ به نكاحها من زوجها لأنها صارت بالوطء حليلة أبيه أو ابنه ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ من قبلها يتمكينا من وطئها ومطاععتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطئ لانه لا يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة

أختها لأن النكاح أقوى من الوطء، بملك المهرين فإذا اجتمعا وجب تقديم الأقوى، ووجه الأول ما ذكرنا ولأن وطء مملوكته معنى يحرم أختها لعله لجمع فمحة نكاحها كالزوجة ويفارق الشراء فإنه لا يقصد به الوطء ولهذا صح شراء الاختين ومن لا يحل له وقولهم النكاح أقوى من الوطء ممنوع وإن لم قالوطء أسبق فيقدم ويمنع صحة ما يطرأ عليه مما ينافيه كالأمة تمنع ابتداء نكاح الاخت وكذلك وطء الأمة يحرم نكاح ابنتها وأبها ولأن هذا بمنزلة نكاح الاخت في عدة أختها لكونه لم يستبرأ الموطوءة

(فصل) فإن زوج أمة الموطوءة أو أخرجها عن ملكه فله نكاح أختها فإن عادت الأمة إلى ملكه فالزوجة بحالها وحالها باق لأن النكاح صحيح وهو أقوى ولا تحل له الأمة وعنه أنه ينبغي أن نحرّم أحدهما لأن أمته التي كانت فراشا قد عادت إليه والمنكوحة مستغرشة فأشبه أمته التي وطئ أحدهما بعد تزويج الأخرى ثم طلق الزوج أختها وإن تزوج امرأة ثم اشترى أختها صح الشراء ولم تحل له لأن النكاح كالوطء فأشبه ما لو وطئ أمته ثم اشترى أختها فإن وطئ أمته حرمت عليه حتى يستبرأ الأمة ثم تحل له زوجته دون أمته لأن النكاح أقوى وأسبق وإنما وجب الاستبراء لئلا يكون جاءها لما نهى في رحم أختين، ويحتمل أن يحرم ما عليه جميعاً حتى تحرم أحدهما كالأمين

(مسألة) قال رحمه الله (وعمة الأمة وخالتها في ذلك كأختها)

يعنى في تحريم الجمع بينهما في الوطء والنفصيل فيها كالتفصيل في الاختين على ما ذكرنا

في إفساد نكاحها بالمطوعة فلم يجب على زوجها شيء كما لو انقردت به ويحتمل أن يجب عليه لزوجه نصف مهر مثلها لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع وينفسخ نكاح الواطيء أيضاً لأن امرأته صارت أمة للموطوءة أو بتأهلها ولها نصف المسمى فأما وطء الثاني فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة فإن اشكل الأول انفسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالشك (مسألة) (ولا يحل للحران أن يجمع بين أكثر من أربع ولا للبدان أن يتزوج أكثر من اثنتين فإن طلق أحدهما لم يتزوج أخرى حتى تنقضي عدتها)

أجمع أهل العلم على أن الحر لا يحل له أن يجمع بين أكثر من أربع زوجات لا تعلم أحداً منهم خائف في ذلك إلا شيئاً يحكى عن القاسم بن إبراهيم أنه أباح تسماع قول الله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) والواو للجمع ولأن النبي ﷺ مات عن تسع وهذا خرق الإجماع وترك السنة فإن النبي ﷺ قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحنه عشرة نسوة «أمسك أربعاً وقارق سائرهن» وقال نوفل بن معاوية أسلمت وتحنى خمس نسوة فقال لي النبي ﷺ «قارق واحدة منهن» رواهما الشافعي في مسنده وإذا

(مسئلة) قال (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها)

أثر أهل العلم برون الجمع بين المرأة ورجلها جازاً لا بأس به فعلى عبد الله بن جعفر وصفوان بن أمية وبه قال سائر الفقهاء إلا الحسن وعكرمة وابن أبي ليلى رويت عنهم كراهيته لأن أحدهما أو كانت ذكراً حُرمت عليه الأخرى فأشبهه للمرأة وعنتها

ولما قول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأنهما لا قرابة بينهما فأشبهتا الأجنبيةتين، ولأن الجمع حرم خوفاً من قطعية الرحم القرية بين المتناسبين ولا قرابة بين هاتين وهذا يفارق ما ذكره

(فصل) ولو كان لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره أو كان له بنت ولها ابن جاز تزويج أحدهما من الآخر في قول عامة الفقهاء. وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان مما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها والاول أولى لعموم الآية والمعنى الذي ذكرناه فإنه ليس بينهما نسب ولا سبب يقتضي التحريم، وكونه أخاً لاختها لم يرد الشرع بأنه سبب فتحريم بقي على الإباحة لعموم الآية ومنى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولداً صار عمّاً لولد ولديهما وخالا

(فصل) وإن تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، فتى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز لعدم أسباب التحريم فإذا ولد لكل واحد منهما ولداً كان ولد الابن خال ولد الأب وولد

منع من استدامة زيادة على أربع فلا بداء أولى والآية أريد بها التخيير بين اثنتين وثلاث وأربع كما قال (أولى أجنحة مثنى وثلاث ورباع) ولم يرد أن لكل ملك تسعة أجنحة ولو أراد ذلك لقال تسعة ولم يكن للتطويل معنى ومن قال غير ذلك فقد جهل اللغة العربية وأما النبي ﷺ فمخووض بذلك ألا ترى أنه جمع بين أكثر من تسع

(فصل) وليس للعبد أن يزيد على اثنتين ولا خلاف في جواز الجمع بين اثنتين له واختلفوا في إباحة الأربع له فذهب أحمد أنه لا يباح له الاثنتان وهذا قول عمر بن الخطاب وعلي وعبد الرحمن ابن عوف رضي الله عنهم وبه قال عطاء والحسن والشعبي وقتادة والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد ومالك وأبو ثور ودادود له نكاح أربع لعموم الآية ولأن هذا طريقه اللذة والشهوة فساوى العبد فيه الحر كالماً كقول

ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً وقد روى ليث ابن أبي سليم عن الحكم بن عتيبة قال أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين ويقوي هذا ما روى الامام أحمد بإسناده عن محمد بن سيرين أن عمر سأل الناس كم يزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف اثنتين وطلحة بن علفين فدل هذا على أن ذلك كان بمحض من الصحابة وغيرهم فلم ينكر وهذا محض عموم الآية على أن فيها ما يدل على إرادة الاحرار وهو قوله تعالى (أوما)

الاب عم ولد الابن . و يروى أن رجلاً أتى عبد الملك بن مروان فقال يا أمير المؤمنين اني تزوجت امرأة وزوجت ابني بأما فأخبرنا فقال عبد الملك ان أخبرتني بقرابة ولدك من ولد ابنتك أخبرتك ، فقال الرجل يا أمير المؤمنين هذا العريان بن المهيم الذي وليته قائم سيفك ان علم ذلك فلا تخبرني فقال العريان أحدهما عم الآخر والآخر خاله

(فصل) وإذا تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها فزفت امرأة كل واحد منهما الى صاحبه فوطئها فإن وطئ الاول بوجوب عليه مهر مثلها لانه وطئ شبهة وينسخ به نكاحها من زوجها لانها صارت بالوطئ حليلة ابنه أو أخته ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها لان الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه ولا شيء لزوجها على الواطئ لانه لم يلزمه شيء يرجع به ولان المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطاعة فلم يجب على زوجها شيء كالأول ففردت به ، وبمحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها لانه أفسد نكاحها قبل الدخول أشبه المرأة نفسها بنكاحه بالرضاع . وينسخ نكاح الواطئ أيضاً لان امرأته صارت أم الموطوءة أو بنتاً لها ، ولها نصف المسمى ، فأما وطئ الثاني فيوجب مهر مثل الموطوءة خاصة فإن أشكل الاول انسخ النكاحان ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى ولا يسقط بالاشك

ملكك أيمانكم ويفارق النكاح المأكول فإنه مبني على التفضيل ولهذا فارق النبي ﷺ فيه أمته ولان فيه ملكا والعبد ينقص في الملك عن الحر

(فصل) إذا تزوج الرجل امرأة حرمت عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أختها وكذلك إذا تزوج الحر اربعاً حرمت الخامسة تحريم جمع وان تزوج العبد اثنتين حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقاً رجعيّاً فالتحريم باق محال في قولهم جميعاً وان كان الطلاق بائناً أو فسخاً فكذلك حتى تنقضي عدتها يروى ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر له نكاح جميع من سمينا في تحريم وروى ذلك عن ثابت لان المحرم الجمع بينهما في النكاح بدليل قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم) أي نكاحن وقال (وأن تجمعوا بين الاختين) معطوفاً عليه والبائنان ليست في نكاحه ولانها بائنان فأشبهت المطلقة قبل الدخول بها

ولنا قول علي وابن عباس وروى عن عبيدة السلماني أنه ما اجتمعت الصحابة على شيء كاجتماعهم على أربع قبل الظهر وأن لا تتكح المرأة في عدة أختها وروى عن النبي ﷺ انه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمع مائه في رحم أختين » وروى عن أبي الزناد قال كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة فطلق واحدة البنت وتزوج قبل أن تحل فغاب ذلك كثير من الفقهاء وليس كلهم طابة

(مسئلة) قال (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبايحهم لحائل للمسلمين)

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب ومن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم ، قال ابن المنذر ولا يصح عن أحد من الاوائل أنه حرم ذلك ، وروي الحلال بإسناده ان حذيفة وطلحة والجارود بن المعلى وأذينة العبدي تزوجوا نساء من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم وحرمت الامامية تسكنا بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن - ولا تنكحوا بهن الكوافر)

ولنا قول الله تعالى اليوم أحل لكم الطيبات الى قوله (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم اذا آتيموهن أجورهن) واجماع الصحابة يأما قوله سبحانه (ولا تنكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الاخرى لانها تقدمتان والآية التي في آخر المائدة متأخرة عنهما وقال آخرون ليس هذا نسخا فان لفظ المشركين باطلانه لا يناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (ان الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وقال (تجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين) وسائر أي

قال سعيد بن منصور إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأبي شيء يبقى ؟ ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه أشبه ما لو كان الطلاق رجماً وفارق المطلقة قبل الدخول بها

(فصل) ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بعب أو اعسار أو غيره لم يكره له ان يتزوج احداً ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا تسجل الفرقة أو لم نقل فان اسلمت زوجته فتزوج اختها في عدتها ثم أسلم اختيار منها واحدة كما لو تزوجها مما وان اسلم بعد انقضاء عدت الاولى باث وثبت نكاح الثانية

(فصل) إذا اعتق ام ولده أو امة كان بصيها فليس له ان يتزوج اختها حتى ينقضي استبرأؤها نص عليه أحمد في ام الولد وقال ابو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز لاناها ليست زوجة ولا في عدة من نكاح ولنا انها معتدة منه فلم يجوز له نكاح اختها كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهها ولانه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها فيكون داخلا في عموم من جمع ماؤه في رحم اختين ولا يمنع من نكاح اربع سواها ومنعه زفر وهو غلط لأن ذلك جائز قبل إعتاقها فبعده أولى

(فصل) ولا يمنع من نكاح امة في عدة حرة بائن ومنعه ابو حنيفة كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها .

ولنا انه عادم لا طول خائف للعت فأبيح له نكاحها لقوله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولاً ان

القرآن بفصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين بأطلاقها غير متناولة لأهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولأن ما احتجوا به عام في كل كافرة وآتينا خاصة في حل أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه إذا ثبت هذا فالأولى أن لا يتزوج كناية لان عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب طلقوهن فطلقوهن إلا حذيفة فقال له عمر طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمره طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي خمره قل قد علمت أنها خمره ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها فقيل له ألا طلقتها حين أسرك عمر؟ قال كرهت أن يرى الناس أنني ركبت امرأة لا ينبغي لي ولأنه ربما مال إليها قلبه ففكته وربما كان بينهما ولد فيجبل إليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم هم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فأهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى ومن اتقهم في أصل دينهم من الأفرنج والأرمن وغيرهم وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد أنه قال بلغني أنهم يسبتون هؤلاء إذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون النصارى أو اليهود في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم ممن وافقوه وان خالفهم في أصل الدين فليس هم منهم والله أعلم وأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل الممساك بصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب ولا تحمل مناقبتهم ولا ذبائحهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيهم وجهاً آخر

ينكح المحصنات المؤمنات) الآية ولا يسلم انه لا يجوز في طلب نكاح الحرة بل يجوز اذا تحقق الشرطان (فصل) وان زنى بامرأة فليس له ان يتزوج اختها حتى تنقضي عدتها وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة حكم العدة من النكاح على ما نذكره ان شاء الله تعالى فان زنى بأخت امرأته فقال أحمد يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيضات وعنه حيضة ويحتمل ان لا تحرم بذلك اختها ولا اربهم سواها لانها ليست منكوحة ومجرد الوطء لا يمنع بدليل الوطء في ملك اليمين فانه لا يمنع ارباً سواها (فصل) إذا ادعى رجل ان امرأته اخبرته بانقضاء عدتها مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته ابيح له نكاح اختها واربع سواها في الظاهر وأما في الباطن فينبى على صدقه في ذلك لانه حق فيما بينه وبين الله تعالى فيقبل قوله فيه ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها وتعين النسب لانه حق لها ولولدها فلا يقبل قوله فيه وبه قال الشافعي وغيره وقال زفر لا يصدق في شيء لانه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه فلا يصدق في البعض الآخر قياساً للبعض على البعض وذلك لانه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقاً كذباً

ولنا انه قول يتضمن لإبطال حق لغيره وحقه لا ضرر على غيره فيه فوجب ان يصدق في أحدهما دون الآخر كما لو اشترى عبداً ثم أقر ان البائع كان اعتقه صدق في حرية ولم يصدق في الرجوع

أنهم من أهل الكتاب وتحمل ذبائحهم ونكاح نسائهم ويقرون بالجزية لأنهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا لأحكام فيها فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام (فصل) وليس للمجوس كتاب ولا تحمل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول عامة العلماء إلا أبا ثور فإنه أباح ذلك لقول النبي ﷺ « سنوهم سنة أهل الكتاب » ولأنه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولأنهم يقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركات) وقوله (ولا تمسكوا بهنم الكوافر) فرخص من ذلك في أهل الكتاب فمن عدام يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتابا أو مثل أحد يصح عن علي أن المجوس كتابا ؟ فقال هذا باطل واستعظمه جداً ولو ثبت أن لهم كتابا فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين وقوله عليه السلام « سنوهم سنة أهل الكتاب » دليل على أنه لا كتاب لهم وإنما أراد به النبي ﷺ في حق دمائهم وأقرارهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم فيجب أن يذهب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم فأننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فغلب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ولم يثبت أن

بشئ منه وكذلك لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول صدق في بينوتها وتحريمها عليه ولم يسقط مهرها إذا كذبته

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (النوع الثاني) محرمات لعراض بزول فيحرم عليه نكاح زوجة غيره بغير خلاف لقول الله تعالى (ولا ترموا عتدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) وتحرم المستبرئة منه لذلك ولأن زواجها يفضي إلى اختلاط المياها واشتباها الأنساب وسواء في ذلك المعتدة من وطء مباح أو محرم أو من غير وطء لأنه لا يؤمن أن تكون حاملا فلو أجبنا تزويجها لاختلط نسب المتزوج بنسب الواطيء الأول ولا يجوز نكاح المرتابة بعد العدة بالحلل لذلك

﴿ مسألة ﴾ (وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقضي عدتها)

إذا زنت المرأة لا يحل نكاحها لمن لم يعلم ذلك إلا بشرطين (أحدهما) انقضاء عدتها بوضع الحمل من الزنا ولا يحل نكاحها قبل الوضع وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وقال في الأخرى يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لأنه وطء لا يلحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماء زرع غيره » يعني وطء الحامل وقول النبي ﷺ « لا توطأ حامل حتى تضع » حديث صحيح وهو عام وروى عن سعيد بن المسيب أن رجلا تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبل فرفع ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق

حذيفة تزوج مجوسية وذهب أحد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو اوثق ممن روي عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء وأما إقرارهم بالجزية فلا تناقض لنا حكم التحريم لذماتهم فيجب أن يغلب حكم التحريم في ذماتهم ونسائهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كن عبد ما استحسن من الاصنام والاحجار والشجر والحيوان فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذماتهم ، وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما ، والمرتبة يحرم نكاحها على أي دين كانت لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت اليه في إقرارها عليه ففي حاشا أولى

(مسئلة) قال (واذا كان أحد أبوي الكافرة كتابيا والآخر وثنيا لم ينكحها مسلم)

وجعلته أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي لم يحل نكاحها سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتدأ ، وبهذا قال الشافعي في ما إذا كان الأب غير كتابي لأن الولد ينسب إلى أبيه وبشرف بشرته وينسب إلى قبيلته ، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان ولنا أنها غير متحصنة من أهل الكتاب فلم

وجعلها مائة رواء سعيد ورأي النبي ﷺ امرأة على باب فسطاط فقال لعله يريد أن يلجأ بها قالوا نعم قال «لقد سمعت أن الله لعنة تدخل معه قبره كيف يستخذه وهو لا يحل له ؟ أم كيف يورثه وهو لا يحل له ؟» أخرجه مسلم ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم النكاح فيها لأنها في الأصل لمعرفة براءة الرحم ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا فلم يصح نكاحها كالوطء بشبهة وقال أبو حنيفة والشافعي لأعدة عليها لأنه وطء لا نصير به فراشا شبه وطء الصغير ولنا ما ذكرناه وإذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى ولأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب وغيرها يحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي إلى اشتباه الانساب فكان التحريم أولى ولأنه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولا يسلم وطء الصغير الذي يمكنه الوطء (والشرط الثاني) أن تتوب من الزنا وبه قال قتادة وإسحاق وأبو عبيد وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل وروى أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال يجوز أرايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز

ولنا قول الله عز وجل وحرم ذلك على المؤمنين وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا تابت زال

يجز للمسلم نكاحها كإلو كان أبوها وثنيا ولا نكاحها لو ولدته بين من يحل وبين من لا يحل فلم يحل كالسمع والبغل ومجتمل أن تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولأنها كتابية تقرأ على دينها فأشبهت من أبواها كتابيان والحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها كذلك لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيا فلان تحرم إذا كانا وثنيين أولى والاحتمال الذي ذكرناه ثم تتحقق هنا اعتبار الحال نفسها دون أبويها

(مسئلة) قال (واذا تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب اجبرت على الاسلام فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (الاول) أن الكتابية إذا انتقلت إلى غير دين أهل الكتاب لم يقر عليه لأنهم في هذا خلافاً فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية كعبادة الاوثان وغيرها مما يستحسنه فلا يصلي منهم لا يقر على دينه فانتقل إليه أولى، وإن انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضاً لأنه انتقل إلى أتص من دينه فلم يقر عليه كالمسلم إذا ارتد فاما أن انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي بنصر أو النصراني يهود فيه روايتان (إحداهما) لا يقر أيضاً لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر بطلانه فلم يقر عليه كالمرتد (والثانية) يقر عليه نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الحنفي واختيار الحلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب فأشبهه

ذلك لقول أنس بن مالك رضي الله عنه «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» وقوله - التوبة تمحو الحوبة - وروي أن مرثد الفزوي دخل مكة فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق فدعته إلى نفسها فلم يجيبها فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال له أنكح عناق؟ فلم يجبه فنزل قوله تعالى الزاني لا ينكح الزانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك فدعاه رسول الله ﷺ فأتى عليه الآية وقال لا تنكحها ولا نكحها وكانت مقيمة على الزنا لا يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه وأما حديث عمر فالظاهر أنه استأبها وحديث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له بمحل النزاع إذا ثبت هذا فعدة الزانية كعدة المطلقة لأنه استبراء لحرة أشبه عدة المرتطوة بشبهة وحكي ابن أبي مريم عن أحمد أنها تستبرأ بمحضة لأنه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح فأشبه استبراء أم الولد إذا عتقت وأما التوبة فهي الاستغفار والتدم والاقلاع عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروي عن ابن عمر أنه قيل له كيف تعرف توبتها؟ قال يبردها على ذلك فإن طأوعته فلم تنب وإن ابت فقد تاب فتأب فصار أحمد إلى قول ابن عمر اتباعه

قال شيخنا والصحيح الأول فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنا ويطلبه منها فإن طلبه منها إنما يكون في خلوة ولا تحل الخلوة بأجنبية ولو كان في تعليمها القرآن فكيف في مرادها على الزنا؟ ثم لا يأمن أن أجابته إلى ذلك أن يعود إلى المصيبة فلا يحل التعريض لمثل هذا ولأن التوبة من سائر الذنوب في حق سائر الناس بالنسبة إلى سائر الأحكام على غير هذا الوجه فكذلك هذا

المتنقل ولشاهي قولان كالروايتين فالما المحومى إذا انتقل الى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كاهل ذلك الدين وان انتقل الى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة لعدم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولعموم المغني القدي ذكرناه فيهما جميعاً

(الفصل الثاني) أن المتنقل إلى غير دين أهل الكتاب لا يقبل منه إلا الإسلام نص عليه أحمد واختاره الحلال وصاحبه وهو أحد أقوال الشاهي لان غير الإسلام أديان باطلة قد أفر بطلانها فلم يقر عليها كالرند ، وعن أحمد أنه لا يقبل إلا الإسلام او الدين القدي كان عليه لان دينه الاول قد أقرناه عليه مرة ولم ينتقل الى خير منه فنقره عليه ان رجع اليه ولانه متنقل من دين يقر أهله عليه إلى دين لا يقر أهله عليه فيقبل منه الرجوع اليه كالرند إذا رجع إلى الإسلام ، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يقبل منه أحد ثلاثة أشياء . الإسلام او الرجوع إلى دينه الاول ، او دين يقر أهله عليه لعموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وان انتقل الى دين أهل الكتاب وقلنا لا يقر فيه الروايتان (احدهما) لا يقبل منه إلا الإسلام ، والآخرة لا يقبل منه إلا الإسلام او الدين القدي كان عليه (الفصل الثالث) في صفة إجباره على ترك ما انتقل اليه وفيه رواية ان (احدهما) أنه يقتل ان لم يرجع رجلاً كان او امرأة لعدم قوله عليه السلام « من بدل دينه فاقتلوه » ولانه ذمي نقض العهد فأشبهه ما لو نقضه بترك التزام القدمة وهل يستتاب ؟ يحتمل وجهين

(فصل) واذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر وسعيد بن المسيب وعطاء والحسن والزهري والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقد روي عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالان زانيين ما اجتماعا لعموم الآية والخبر فيحتمل انهم ارادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها فيكون كقولنا ، فالما تحريمها على الإطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ولأنها محلة لغير الزاني فحلت له كغيرها

(فصل) فان زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم يفسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم منهم عطاء والتخمي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله ان المرأة اذا زنت يفرق بينها وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وروي عن علي رضي الله عنه انه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل أن يدخل بها ، واحتج لهم بأنه لو قدفها ولاغنها بانت منه لتحقق الزنا عليها فدل على ان الزنا بينها

ولنا ان دعوى الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح يفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولأنها

(أحدهما) يستتاب لانه يسترجع عن دين باطل انتقل اليه فيستتاب كالمرتد (والثاني) لا يستتاب لانه كافر أصلي أبيع قتله فأشبهه الحربي ، فعلى هذا إن باذر وأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه ، نصحهم دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) عن أحد قال اذا دخل اليهودي في النصرانية رددته إلى اليهودية ولم أدعه فيها انتقل اليه فقبل له أنقتله ؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس قال وإن كان نصرانيا أو يهوديا فدخل في المجوسية كان أغلظ لانه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا يترك حتى يرد اليها فقبل له تقتله اذا لم يرجع ؟ قال انه لا اهل ذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل الى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالضرب والحبس

(الفصل الرابع) ان امرأة المسلم الذمية اذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لان غير دين أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فتى كان قبل الدخول انفسخ نكاحها في الحال ولا مهر لها لان الفسخ من قبلها ، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدة في إحدى الروايتين والاخرى ينفسخ في الحال أيضا

(مسألة) قال (وأمنه الكتابية حلال له دون أمته المجوسية)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن أمنه الكتابية حلال له وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فانه كرهه لان الامة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية

معصية لا تخرج عن الاسلام فأشبهت السرقة ، فأما اللعان فان يقتضي الفسخ بدون الزني بدليل انها اذا لاعته فقد قابله فام يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها والفسخ واقع ولو كن احمد استحلب للزوج مفارقة امرأته اذا زنت وقال لا أرى ان يمك مثل هذه لانه لا يؤمن ان تفسد فراشه وتالحق به ولداً ليس منه ، قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة انما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحمد ولا يطؤها حتى يستبرأ بثلاث حيض لما روى رويغ بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره » يعني اتيان الحبالى ولانها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب اليه ، والاولى انه يكفي ان يستبرأ بمحضة واحدة لانها تكفي في استبراء الاماء وفي ام الولد اذا عتقت بموت سيدها أو باعثاقه فكفى ههنا ولان المقصود مجرد الاستبراء وقد حصل بمحضة فاكتفى بها

(فصل) اذا علم الرجل من امته الفجور فقال احمد لا يطؤها لعلها ان تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره ان أطأ أمتي وقد بغت ، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمتة وفي بطنها ولد جنين لغيره قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخس في وطء الامة الفاجرة وروي ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء اذا لم يحصنها ويمنعها من الفجور ومن أباحه أباحه بعدما فيكون القولان متفقين والله أعلم .

ولنا قول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين) ولانها ممن يحل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلة ، فأما نكاحها فيحرم لان فيه ارقاق ولده وابتناء مع كفرة بخلاف التسري

(الفصل الثاني) أن من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب لا يباح وطء الاماء منهم بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم حرة الهمداني والزهرى وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشامي قال ابن عبد البر على هذا جماعة قهها الامصار وجمهور العلماء ، وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافا ولم يأتنا اباحة ذلك الا عن طاوس ، ووجه قوله عموم قوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) والآية الاخرى . روى ابو سعيد أن رسول الله ﷺ بمث يوم حنين بمثا قبل أوطاس فأصابوا منهم سبايا وكان ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ فخرجوا من غشيانهم من أجل أزواجهم من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) قال فهن لم يزلن حلال اذا انقضت عدتهن ، وعنه أن رسول الله ﷺ قال في سبايا أوطاس « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير ذات حمل حتى تحيض حية » رواها ابو داود وهو حديث صحيح وم عبدة أوثان وهذا ظاهر في اباحتهم ولان الصحابة في عصر النبي ﷺ

(مسئلة) (وتحرم مطلقة ثلاثاً حتى تنكح زوجا غيره)

لقول الله تعالى (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) بعد قوله (الطلاق مرتان) وسنذكر هذا في باب الرجة بأبسط من هذا ان شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتحرم المحرمة حتى تحل) .

يحرم نكاح المحرمة ويحرم على المحرم أن يعقد النكاح في حال احرامه فان عقد أحد نكاحا محرم أو على محرمة أو عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره لم يصح لقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا ينكح » رواه مسلم وعنه ان عقد المحرم النكاح لغيره صحيح لانه حرم عليه لكونه من دواعي الوطء ولا يحصل ذلك بكونه وليا والاوّل أولى لعموم الخبر وقد ذكرنا هذه المسئلة في الحج وذكرنا الاختلاف فيها

(مسئلة) (ولا يحل لمسلة نكاح كافر بحال) لقول الله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) ولقوله سبحانه (لاهن حل لهم) ولا نعلم خلافا في ذلك

(مسئلة) (ولا يحل لمسلم نكاح كافرة بحال الا حرائر أهل الكتاب)

ليس بين أهل العلم بحمد الله اختلاف في حل نساء أهل الكتاب للمسلم وعن روي عنه ذلك عمر وعثمان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم قال ابن المنذر لا يصح عن احد من الاوائل أنه حرم ذلك ، وروى الخليل بإسناده ان حذيفة وطلحة والجارود بن المعلبي واذينة البدي تزوجوا نساء

كان أكثر شبابهم من كفار العرب وم عبدة أو ثان فلم يكونوا يرون تحريمهم لذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهم ولا أمر الصحابة باجتنابهم. وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي ففأياها ، وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وغيرهما من الصحابة والخنفية أم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وقد أخذ الصحابة سبائاً فارس وم مجوس فلم يبلغنا أنهم اجتنبوهن وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق أهل العلم على خلافه وقد أجبت عن حديث أبي سعيد بإجوبة منها انه يحتمل أنهم أسلمن كذلك. روي عن أحمد أنه سأله محمد بن الحكم قال: قلت لأبي عبد الله هوأزن أليس كانوا عبدة أو ثان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أو لا وقال ابن عبد البر إباحة وطهين منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن)

﴿مسئلة﴾ قال (وليس المسلم وإن كان عبداً أن يتزوج أمة كتابية)

لان الله تعالى قال (من فتيانكم المؤمنات) هذا ظاهر مذهب أحد رواه عنه جماعة وهو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق . وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد ، وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحمل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة .

من أهل الكتاب وبه قال سائر أهل العلم ولم ينقل تحريمه إلا عن الإمامية تمسكاً بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات* ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

ولنا قول الله تعالى (اليوم أحل لكم الطيبات - إلى قوله - والمحصات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتوهن أجورهن) وإجماع الصحابة . فأما قوله سبحانه (ولا تنكحوا المشركات) فروي عن ابن عباس أنها نسخت بالآية التي في سورة المائدة وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى لأنها متقدمتان والآية التي في المائدة متأخرة عنها ، وقال آخرون ليس هذا نسخاً فإن لفظة المشركين بإطلاقها لا تتناول أهل الكتاب بدليل قوله سبحانه (لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين) وقال (أن الذين كفروا من أهل الكتاب) وقال (لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود والذين أشركوا) وقال (ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا للمشركين) وسائر آي القرآن تفصل بينهما فدل على أن لفظة المشركين بإطلاقها لا تتناول أهل الكتاب وهذا معنى قول سعيد بن جبير وقتادة ولأن ما احتجوا به عام في كل كافر وماينا خاص في حل نساء أهل الكتاب والخاص يجب تقديمه. إذا ثبت هذا فالأولى أن لا يتزوج كتابية لان عمر قال للذين تزوجوا نساء أهل الكتاب طلقوهن ففعلوا الأحذية فقال له عمر طلقها قال أنشهد أنها حرام؟ قال هي حرة طلقها قال تشهد أنها حرام قال هي حرة قال قد علمت أنها حرة ولكنها لي حلال فلما كان بعد طلقها فقيل له

ونقل ذلك عن أحد قال لا بأس بتزويجها الا أن الحلال رد هذه الرواية وقال إنما توقف أحد فيها ولم ينفذ له قول ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات) فشرط في إباحة نكاحهن الأيمان ولم يوجد ، وفارق المسئلة لأنه لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها لأن الكافر لا يقر ملكه على مسئلة والكافرة تكون ملكا لكافر ويقر ملكه عليها وولدها مملوك لسيدها ولأنه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والمالك فإذا اجتمعا منعا كالجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها ، ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها لعموم ما ذكرنا من الدليل ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه حرم على العبد كالجوسية

(مسألة) قال (ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسئلة الا أن لا يجحد طولاً لحررة مسئلة ويخاف العنت)

الكلام في هذه المسئلة في شيئين (أحدهما) أنه يحل له نكاح الامة المسئلة إذا وجد فيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ، وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم اختلافاً فيه ، والأصل فيه قول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولاً) الآية ، والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم) [والثاني] إذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر ، روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمر وبن دينار ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق

الا طلقها حين أمرك عمر قال كرهت ان يرى الناس اني ركبت امرأ لا ينبغي لي ، ولأنه ربما مال اليها قابله ففتنته وربما كان بينهما ولد فيميل اليها

(فصل) وأهل الكتاب الذين هذا حكمهم أهل التوراة والانجيل قال الله تعالى (ان تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) فإن أهل التوراة اليهود والسامرة وأهل الانجيل النصارى وافقهم من الارمن وغيرهم ، وأما الصابئون فاختلف فيهم السلف كثيراً فروي عن أحمد أنهم جنس من النصارى ونص عليه الشافعي وعلق القول فيهم في موضع آخر وعن أحمد قال بلغني أنهم يستنون فهؤلاء اذا يشبهون اليهود والصحيح فيهم أنهم ان كانوا يوافقون اليهود أو النصارى في أصل دينهم ويخالفونهم في فروعه فهم بمن وافقهم وان خالفهم في أصل الدين فليس هم منهم ، فأما من سوى هؤلاء من الكفار مثل المتمسك بصرح إبراهيم وشيث وزبور داود فليسوا بأهل كتاب لانحل منا كحتم ولا ذبائهم وهذا قول الشافعي وذكر القاضي فيه وجهاً آخر أنهم من أهل الكتاب تحل ذبائهم ونكاح نسائهم ويقرون بالحزبية لانهم تمسكوا بكتاب من كتب الله فاشبهوا اليهود والنصارى

ولنا قول الله تعالى (ان تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) ولأن تلك الكتب كانت مواضع واما لا فيها أحكام فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الاحكام

(فصل) فأما المجوس فليس لهم كتاب ولا تحل ذبائهم ولا نكاح نسائهم نص عليه أحمد وهو قول

وقال مجاهد مما وسم الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موصراً وبه قال أبو حنيفة الا أن يكون تحت حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الاخت والخامسة وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت فلا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبهه عدم الطول

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طويلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات - الى قوله - ذلك ان خشي العنت منكم) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة الاعتاق ولان في تزويج الامة إرقاق ولده مع الغنى عنه فلم يجز كما لو كان تحت حرة ، وقباسهم ليس بصحيح فان نكاح الخامسة والاخت انما حرم لاجل الجرم وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعاً والعلة هنا هو الغنى عن إرقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة ، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فان كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه فله نكاح الامة لانه عاجز عن حرة تفضله ، وان كانت الحرة في حباله غيره فله نكاح أمة نص عليه أحد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي . وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول ولنا انه غير مستطعم الطول الى حرة تفضله فأشبهه من لا يجد شيئاً ، ألا ترى ان الله سبحانه جعل ابن

عامة العلماء الا أبا ثور فانه أباح ذلك لقول النبي ﷺ «سواءهم سنة أهل الكتاب» ولانه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية ولانهم يقرون بالجزية فأشبهوا اليهود والنصارى ولنا قول الله تعالى (ولا تتكحوا المشركين) وقوله (ولا تتكسوا بهم الكوافر) فخص ذلك أهل الكتاب فمن عداهم يبقى على العموم ولم يثبت أن للمجوس كتاباً وسئل أحمد أصبح أن للمجوس كتاباً فقال هذا باطل واستعظمه جدا ولو ثبت أن لهم كتاباً فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت بغير أهل الكتابين، وقوله عليه الصلاة والسلام «سواءهم سنة أهل الكتاب» دليل على أنه كتاب لهم وإنما أراد النبي ﷺ في حقن دمائهم وقراراتهم بالجزية لا غير وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب غلب ذلك في تحريم دمائهم فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبايحهم فانا اذا غلبنا الشبهة في التحريم فنقلب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى ، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية وقال أبو وائل يقول تزوج يهودية وهو أوثق ممن روى عنه أنه تزوج مجوسية وقال ابن سيرين كانت امرأة حذيفة نصرانية ومع تناقض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح ولو ثبت عن حذيفة لم يجز الاحتجاج به مع مخالفة الكتاب وقول سائر العلماء ، وأما اقرارهم بالجزية فلا تافلتنا غلبنا حكم التحريم لدمائهم فيجب ان تغلب حكم التحريم في ذبايحهم ونسائهم .

السبيل الذي له اليسار في بلده فقيراً لعدم قدرته عليه في الحال ، فان كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

(فصل) وان قدر على تزوج كتابية توفقه لم يحمل له نكاح الامة وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وذكر وجهاً آخر انه يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطیع لذلك

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له ولانه قدر على صيانة ولده عن الرق فلم يجوز له إرفاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحتة حرة يمكنه أن يستعف بها لم يجوز له نكاح أمة لانهم في هذا خلافاً ولا فرق بين الكتابية والمسلمة في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) فان لم يجد طويلاً سكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لان عليه ضرراً في بناء الدين في ذمته ولما حبه مطالبته به في الحال وكذلك ان رضيت الحرة بتأخير صداقها أو تفويض بعضها لان لها مطالبته بعوضه وكذلك ان بذل له باذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم يلزمه قبوله لما عليه من ضرر المنة وله في ذلك كله نكاح الامة ، وان لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يجحف به لم يكن له نكاح الامة وقال أصحاب الشافعي له ذلك كولو لم يجد الماء إلا بزيادة

﴿ مسألة ﴾ (فان كان أحد أبويها غير كتابي أو كانت من نساء بني تغلب فهل تحل له ؟ على روايتين)

إذا كان أحد أبوي الكافرة كتابياً والآخر غير كتابي لم يحمل نكاحها في إحدى الروايتين اختارها الحنفي سواء كان وثنياً أو مجوسياً أو مرتدّاً ، وبهذا قال الشافعي فيها اذا كان الاب غير كتابي لان الولد ينسب إلى أبيه ويشرف بشرفه وينسب إلى قبياته وان كانت الام فله فيه قولان ولنا أنها غير متمحضة من أهل الكتاب أشبه ما لو كان أبوها وثنياً ولانها متولدة بين من يحل ومن لا يحل فلم يحل كالسمع والبقل وفيه رواية ثانية أنها تحل بكل حال لدخولها في عموم الآية المبيحة ولانها كتابية فأشبهت من أبواها كتابيان وعلى هذا فالحكم فيمن أبواها غير كتابيين كالحكم فيمن أحد أبويها غير كتابي لانها اذا حرمت بكون أحد أبويها وثنياً فلا تحرم إذا كانا وثنيين أولى وعلى الرواية التي تقول لا تحرم فهو متحقق وان كان أبواها وثنيين اعتباراً بحال نفسها دون أبويها

(فصل) فان كانت من نساء بني تغلب ففيها أيضاً روايتان (احداهما) تحل وهي أصح لدخولها في قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم وهم اليهود والنصارى) والثانية تحرم نساء بني تغلب لاننا لانعلم دخولهم في دينهم قبل تبديل كتابهم

(فصل) وسائر الكفار غير أهل الكتاب كمن عبد ما استحسن من الاصنام والاحجار والشجر

عن ثمن المثل فله التيمم . ولنا قول الله تعالى [فن لم يستطع منكم طولا] وهذا مستطعم ولانه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجوز له ارقاق ولده كما لو كان بهر مثله ولا نسلم ما ذكره في التيمم ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أبيع للضرورة ومع القدرة على الحرية لا ضرورة (والثاني) أن التيمم يتكرر فإيجاب شره اذ بزيادة على ثمن المثل يفضي الى الاجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه (فصل) وإن كان في يده مال فذكر انه معسر وإن المال لغيره فالقول قوله لانه حكم بينه وبين الله تعالى قبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الامة ثم أقر أنه كان موهرا أحال النكاح فرق بينهما لانه أقر بفساد نكاحه ، وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد فلا مهر وإن كذبه فله نصف المسمى لانه يدعي صحة النكاح والاصل معه ، وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه إلا أن يكون مهر المثل أكثر فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر المثل لا فراره به فإن كان المسمى أكثر وجب والسيد أن لا يصدقه فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل على روايتين

(مسئلة) قال (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر

لم ينفسخ النكاح)

هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي ، وفي المذهب وجه آخر انه يفسد النكاح وهو قول المذنب

والحيوان فلا خلاف بين اهل العلم في تحريم نسائهم وذبايحهم وذلك لما ذكرنا من الآيتين وعدم المعارض لهما ، والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت لانه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي اتفقت اليه باقرارها عليه ففي حلها أولى

(مسئلة) (وليس للمسلم وان كان عبدا نكاح أمة كناية وعنه يجوز)

ظاهر مذهب احمد أن ذلك لا يجوز رواه عنه جماعة ، وهو قول الحسن والزهرري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والاوزاعي والليث واسحاق ، وروي ذلك عن عمر وابن مسعود ومجاهد وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة يجوز للمسلم نكاحها لأنها تحل بملك اليمين فحلت بالنكاح كالمسلمة ونقل ذلك عن احمد قال لا بأس بزواجها إلا أن الحلال رد هذه الرواية وقول أما توقف احمد فيها ولم ينفذ له قول ، ومذهبه أنها لا تحل لقول الله تعالى (فما ملكت إيمانكم من فتياتكم المؤمنات) فشرط في إباحة نكاحهن الإيمان ولم يوجد ، وفارق المسلمة لانه لا يؤدي الى استرقاق الكافر ولدها لان الكافر لا يقر ملكة على مسلمة والكافرة تكون ملكا للكافر ويقر ملكة عليها ولدها مملوك لسيدها ولانه عقد اعتوره نقصان نقص الكفر والملك فإذا اجتمعا منعاً كالجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب لم يبح نكاحها ، ولا فرق بين الحر والبدن في تحريم نكاحها للموم ما ذكرنا

لانه انما أبيع للحاجة فاذا زالت الحاجة لم يجوز له استدامته كن أبيع له أكل الميتة للضرورة فاذا وجد الحلال لم يستدمه .

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي اباحة نكاح الامة فلم تعتبر استدامته كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة فان أكلها بعد القدرة ابتداء الاكل وهذا لا يبتدي النكاح انما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداء بدليل أن العدة والرذة وأمن العنت يمنع ابتداء دون استدامته

(فصل) وإن تزوج على الامة حرة صح وفي بطلان نكاح الامة روايتان (إحداهما) لا يطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء والشافعي وأصحاب الرأي ، وروي معنى ذلك عن علي رضي الله عنه (والرواية الثانية) يفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق وإسحاق والمزني ، ووجه الروايتين ما تقدم في المسئلة ، وقال النخعي إن كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لان ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد أبطله في ذات الولد كسائر بطلانه ولان ولده منها مملوك لسيدها ونزقته عليه وقد استدلل على بقاء النكاح بما روي عن علي انه قال : اذا تزوج الحرة على الامة قسم للحرة ابنتين والامة ابنة فانه لو بطل بنكاح الحرة بطل بالقدرة عليه فان القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

من الدليل ولان ما حرم على الحر ذبحه من أجل دينه حرم على العبد كالمجوسية
(مسئلة) (ولا يحل لحر نكاح امة مسلمة الا ان يخاف العنت ولا يجرد طول النكاح حرة ولا بمن أمة)
الكلام في هذه المسئلة في فصلين

(أحدهما) انه يحل له نكاح الامة المسلمة اذا وجد فيه الشرطان : خوف العنت وعدم الطول وهذا قول عامة العلماء لا نعلم بينهم فيه اختلافا نقول الله سبحانه (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية والصبر عنهما ذلك خير وافضل لقول الله تعالى (وان تصبروا خير لكم)

(الفصل الثاني) اذا عدم الشرطان أو أحدهما لم يحل نكاحها لحر روي ذلك عن جابر وابن عباس وبه قال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن دينار ومكحول ومالك والشافعي وإسحاق ، وقال مجاهد بما وسع الله على هذه الامة نكاح الامة وان كان موسرا وبه قال أبو حنيفة الا أن يكون تحت حرة لان القدرة على النكاح لا تمنع من النكاح كما يمنعه وجود النكاح كنكاح الاخت والحامسة ، وقال قتادة والثوري إذا خاف العنت حل له نكاح الامة وان وجد الطول لان إباحتها لضرورة خوف العنت وقد وجدت ولا يندفع إلا بنكاح الامة فأشبه عدم الطول

ولنا قول الله سبحانه وتعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن يتكح المحصنات المؤمنات فماملكت أيمانكم من فتيانكم المؤمنات — الى قوله — ذلك لمن خشي العنت) فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول

(مسئلة) قال (وله أن ينكح من الاماء أربعا اذا كان الشرطان فيه قائمين)

اختلفت الرواية عن احمد في إباحة أكثر من أمة اذا لم تعفه فعنه انه قال اذا خشي العنت تزوج أربعا اذا لم يصبر كيف يصنع وهذا قول الزهري والحارث المكي ومالك وأصحاب الرأي (والرواية الثانية) قال أحمد لا يجزئني أن يتزوج الأمة واحدة بذهب إلى حديث ابن عباس وهو ماروي عن ابن عباس أن الحر لا يتزوج من الاماء إلا واحدة وقرأ ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر لأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخشى العنت وجه الأولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولأنه عادم للطول خائف للعنت فجاء له نكاح أمة كالأولى، وقولهم لا يخشى العنت قلنا الكلام فيمن يخشاه ولا يبيحه إلا الله، وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش العنت فكذلك الرواية الأخرى عن أحمد، وإن تزوج حرة فلم تعفه فذكر فيها أبو الخطاب روايتين مثل نكاح الأمة في حق من تحته أمة لم تعفه لما ذكرناه، وإن كانت الحرة تعفه فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة، وإن نكح أمة تعفه لم يكن له أن ينكح أخرى فإن نكحها فنكاحها باطل لأنه يطل في أحدها وليدت أحدها باولى من الأخرى فبطل كما لو جمع بين أختين

(فصل) وللعبد أن ينكح الأمة وإن فقد فيه الشرطان لأنه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان كالحر مع الحرية، وله نكاح أمتين معا وواحدة بعد واحدة لأن خشية العنت غير مشروطة فيه،

فلم يجوز مع الاستطاعة لقوات شرطه وكالصوم في كفارة الظهار مع استطاعة الاعتاق، ولأن في تزويج الأمة أرقاق ولده مع الفنى عنه فلم يجوز كما لو كان تحته حرة، وقياسهم لا يصح لأن نكاح الخامسة والأخت إنما حرم لأجل الجمع وبالقدرة على الجمع لا بعير جامعا، والملة ههنا هو الفنى عن أرقاق ولده وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرية، وأما من يجد الطول ويخاف العنت فإن كان ذلك لكونه لا يجد الحرية صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها أو وجد مالا ولم يزوج لقصور نسبه فله نكاح الأمة نص عليه أحمد في الغائبة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم لا يجوز لوجدان الطول

ولنا أنه غير مستطيع للطول إلى حرة تعفه فأشبهه من لا يجد شيئا ألا ترى أن الله سبحانه نزل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيرا لعدم قدرته عليه في الحال وإن كانت له حرة يتمكن من وطئها والعفة بها فليس بخائف العنت

(فصل) فإن قدر على شراء أمة تعفه فهو كما لو وجد طول الحرية لا يحل له نكاح الأمة لأنه أمكنه صيانة ولده عن الرق فأشبهه القادر على طول الحرية وكذلك إن قدر على تزويج كناية تعفه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وذكرها آخر أنها لا يجوز لقول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات) وهذا غير مستطيع لذلك

وان تزوج حرة وقانا ليست الحرة شرطاً في نكاح الحرة فماله أن ينكح أمة ؟ فيه روايتان (أحدهما) أنه ذلك وهو قول مالك والشافعي لانها ساذجة له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم المار كالحر مع الحرة ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كفي حق الحرة (والثانية) لا يجوز وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي لأنه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة ، ولأنه مالك لبضم حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر وان عقد النكاح عليهما جميعاً صحيح فيهما لأن كل واحدة يجوز أنفرادها بالعقد فجاز بالجمع بينهما كالأميتين

(فصل) وإذا زنت المرأة لم يحل لزوجها أن ينكحها إلا بشرطين [أحدهما] انقضاء عدتها فان حملت من الزنا فنقض عدتها بوضعه ولا يحل نكاحها قبل وضعه وبهذا قال مالك وأبو يوسف وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة ، وفي الأخرى قل يحل نكاحها ويصح وهو مذهب الشافعي لأنه لو لم يباحق به النسب فلم يحرم النكاح كما لو لم تحمل

ولنا قول النبي ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماله زرع غيره » يعني وطء الحوامل ، وقول النبي ﷺ « لا تطأ حامل حتى تضع » صحيح وهو عام وروى عن سعيد بن المسيب أن رجلاً تزوج امرأة فلما أصابها وجدها حبل فرفم ذلك إلى النبي ﷺ ففرق بينهما وجعل لها الصداق وجدها مائة رواق سعيد ، ورأى النبي ﷺ امرأة عجوزاً^(١) على باب فسطاط فقال « لهه يريد

(١) بحيم ثم حاه

مهملة هي الحامل

قريبة الولادة

ولنا قول الله تعالى (ذلك لمن خشي العنت منكم) وهذا غير خائف له لأنه قادر على صيانة ولده من الرق فلم يجوز له إرقاقه كما لو قدر على نكاح مؤمنة

(فصل) ومن كانت تحت حرة يمكن أن يستف بها لم يجوز له نكاح أمة لا نعلم في هذا خلافاً ولا فرق بين المسلمة والكتانية في ذلك لما ذكرنا من قبل

(فصل) ومن لم يجد طولا لكن وجد من يقرضه ذلك لم يلزمه لأن عليه ضرراً في بقاء الدين في ذمته ولصاحبه مطالبته بقرضه وكذلك أن بذل له بأذل أن يزنه عنه أو يهبه إياه لم يلزمه لما عليه من ضرر المنة في نكاح الأمة ، فإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل وكان قادراً عليه ولا يحجف به لم يكن له نكاح الأمة ، وقال أصحاب الشافعي له ذلك كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة على ثمن المثل فله التيمم .

ولنا قول الله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) وهذا مستطيم ولأنه قادر على نكاح حرة بما لا يضره فلم يجوز له إرقاق ولده كما لو كان بمهر مثلاً ، وما ذكره ممنوع ثم إن هذا مفارق للتيمم من وجهين (أحدهما) أن التيمم رخصة عامة وهذا أيسر للضرورة ومع القدرة على الحرة لا ضرورة (الثاني) أن التيمم يتكرر فيجاب شرأته بزيادة على ثمن المثل يفضي إلى إجحاف به وهذا لا يتكرر فلا ضرر فيه (فصل) فإن كان في يده مال فذكر أنه معسر وإن المال لغيره فالقول قوله لأنه حكم بينه وبين

أن يلزم بها ، قالوا نعم قال « لقد همت أن ألعنه لعنا يدخل معه قبره كيف يستخدمه وهو لا يحل له أم كيف يورثه وهو لا يحل له » أخرجه مسلم ولأنها حامل من غيره فحرم عليه نكاحها كسائر الحوامل وإذا ثبت هذا لزمتها العدة وحرم عليها النكاح فيها لأنها في الأصل لمعرفة راحة الرحم ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملاً فيكون نكاحها باطلاً فلم يصح كالملوطة بشبهة ، وقال أبو حنيفة والشافعي لأعدة عليها لأنه وطء لا نصير به المرأة فراشاً فأشبهه وطء العذراء

ولما ذكرناه لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل فغيرها أولى لأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب ، ويحتمل أن يكون ولدها من الأول ويحتمل أن يكون من الثاني فيفضي إلى اشتباه الأنساب فكان بالتحريم أولى ، ولأنه وطء في القبل فأوجب العدة كوطء الشبهة ولأنه وطء العذراء الذي يمكن منه الوطء (والشرط الثاني) أن تقرب من الزنا قاله قتادة وإسحاق وأبو عبيد ، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يشترط ذلك لما روي أن عمر ضرب رجلاً وامرأة في الزنا وحرص أن يجمع بينهما فأبى الرجل . وروي أن رجلاً سأل ابن عباس عن نكاح الزانية فقال : يجوز أرايت لو سرق من كرم ثم ابتاعه أكان يجوز ؟

ولنا قول الله تعالى (الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك - إلى قوله - وحرم ذلك على المؤمنين) وهي قبل التوبة في حكم الزنا فإذا تابت زال ذلك فنقول النبي ﷺ « التائب من الذنب كمن لا ذنب »

الله سبحانه وتعالى فقبل قوله فيه كما لو ادعى مخافة العنت ، ومتى تزوج الأمة ثم ذكر أنه كان موسراً حال النكاح فرق بينهما لأنه أقر بفساد نكاحه وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت فإن كان قبل الدخول فصدقه السيد فلا مهر وإن كذبه فله نصف المهر لأنه يدعي صحة النكاح والأصل معه وإن كان بعد الدخول فعليه المسمى جميعه ، فإن كان مهر المثل أكثر من المسمى فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد يلزمه مهر لاقتراره به وإن كان المسمى أكثر وجب وللايد أن لا يصدقه ، فيما قال فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد وهل ذلك المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين

﴿مسئلة﴾ (فإن تزوجها وفيه الشرطان ثم أبسر أو تكح حرة فهل يبطل نكاح الأمة ؟ على روايتين) أما إذا أبسر فظاهر المذهب أنه لا يفسخ نكاح الأمة وهو الذي ذكره الحنفي وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أنه يفسد نكاح الأمة وهو قول المزي لأنه أيسح للحاجة فإن زالت الحاجة لم يجوز استدামته كمن أيسح له أكل الميتة للضرورة فإذا وجد الحلال لم يستدمه

ولنا أن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة فلم يعتبر استدামته لحوف العنت ، وينارق أكل الميتة فإن أكلها بعد القدرة ابتداءً الأكل وهذا لا يبتديء النكاح إنما يستديمه والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنع ابتداءه دون استدامة

(فصل) فإن تزوج على الأمة حرة صح وفي بطلان نكاح الأمة روايتان

له « وقوله « التوبة تمحو الحربة » وروى أن مرثدا دخل مكة فرأى امرأة فاعرة يقال لها عناق فدعته الى نفسها فلم يجبه فلما قدم المدينة سأل رسول الله ﷺ فقال أنكح عناقا؟ فلم يجبه فأنزل الله تعالى (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة وزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك) فدعاه رسول الله ﷺ فلا عليه الآية وقال « لا تنكحها » ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تلحق به ولد غيره وتفسد فراشه ، فاما حديث عمر قال ظاهر أنه استنبأها وحدث ابن عباس ليس فيه بيان ولا تعرض له لحل النزاع ، إذا ثبت هذا فإن عدة الزانية كعدة المطلقة لأنه استبراء لحرمة وأشبهه عدة الموطوءة بشبهة وحكي ابن أبي موسى أنها تستبرأ بحيضه لأنه ليس من نكاح ولا شبهة بنكاح بأشبهه استبراء أم الولد إذا عمت . وأما التوبة فهي لاستغفار والندم ولا فلاح عن الذنب كالتوبة من سائر الذنوب وروى عن ابن عمر أنه قيل له كيف تعرف توبتها؟ قال يرد ما على ذلك فإن طاعته فلم تقب وإن أبت فقد تابت فصار أحد إلى قول ابن عمر تناعا له ، والصحيح الأول فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدع امرأة إلى الزنا ويطلب منها ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خوة لا محل الحلو بأجنبية ولو كان في تعاليمها القرآن فكيف يحل في سراودتها على الزنا؟ ثم لا يأمن أن اجابته الى ذلك أن تعود الى المنعصة فلا يحل التعرض لمثل هذا ولأن التوبة من سائر الذنوب وفي حق سائر الناس وبالأشبه الى سائر الاحكام على غير هذا الوجه ، فلهذا يكون هذا .

(أحداها) لا يبطل وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء وشافعي وأصحاب الرأي وروى معنى ذلك عن علي رضي الله عنه .

(والثانية) يفسخ نكاح الامة وهو قول ابن عباس ومسروق واسحاق والمزني ، ووجه الروايتين ما تقدم في المسئلة قبلها وقال النخعي ان كان له من الامة ولد لم يفارقها والا فارقها ولا يصح لان ما كان مبطلا للنكاح في غير ذات الولد ابطله في ذات الولد كسائر مبطلاته ولأن ولده منها مملوك لسيدها ونفقته عليه ، وقد استدل على بقاء النكاح بما روي عن علي كرم الله وجهه أنه قال اذا تزوج الحرمة على الامة قسم للحرمة ليلتين وللامة ليلة ولأنه لو بطل بنكاح الحرمة لبطل بالقدرة عليه فإن القدرة على المبدل كاستعماله بدليل الماء مع التراب

﴿مسئلة﴾ (وان تزوج حرمة وأمة فلم تغفره ولم يجد طولاً لحرمة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في إباحة أكثر من أمة إذا لم تغفره عنه أنه قال إذا خشي العنت تزوج أربعاً إذا لم يصبر كيف يصنع؟ وهذا قول الزهري والحارث العكلي ومالك وأصحاب الرأي وعنه أنه قال لا يعجبني أن يتزوج الامة واحدة يذهب الى حديث ابن عباس قال الحر لا يتزوج من الامة الا واحدة وقرأ (ذلك لمن خشي العنت منكم) وبه قال قتادة والشافعي وابن المنذر كأن من له زوجة يمكنه وطؤها لا يخاف

(فصل) وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره في قول أكثر أهل العلم منهم أبو بكر وعمر وابنه وابن عباس وجابر بن زيد وعطاء والحسن وعكرمة والزهري وأشوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وروى عن ابن مسعود والبراء بن عازب وعائشة أنها لا تحل للزاني بحال قالوا لا يزالان زانين ما اجتمعا لعموم الآية والخبر ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة أو قبل استبائهما فيكون كقولنا، فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح لقول الله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) ولأنها محالة لغير الزاني فحلت له غيرها

(فصل) وإن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينسخ النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده في قول عامة أهل العلم وبذلك قال مجاهد وعطاء والنخعي والثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن جابر بن عبد الله أن المرأة إذا زنت ينرق بينها وليس لها شيء وكذلك روي عن الحسن وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها واحتج لهم بأنه لو قذفها رلا عنها بانت منه لتحقيقه الزنا عاينها فدل على أن الزنا بينهما

ولنا أن دعواه الزنا عليها لا يبينها ولو كان النكاح يفسخ به لا يفسخ بمجرد دعواه كالرضاع ولا يفسخ معصية لا يخرج عن الإسلام فأشبهت السرقة فأما العلم بأنه يقتضي الفسخ بدون زنا بدليل أنها إذا لاعته فقد قابله فلم يثبت زناها ولذلك أوجب النبي ﷺ الحد على من قذفها بالفسخ واقع

الغنت، ووجه الأولى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الآية وهذا داخل في عمومها ولا نه عادم للطول خاتم للغنت فجاز له نكاح أمة كالأولى، وقولهم لا يخشى الغنت قلنا الكلام فيمن يخشاه وقول ابن عباس يحمل على من لم يخش الغنت وكذلك الرواية الأخرى عن أحمد، فإن كان تحته حرة لم تنفقه فيها الروايتان أيضاً مثل نكاح الأمة ذكرهما أبو الخطاب إذا لم تنفقه الأمة لما ذكرناه، فإن كانت الحرة تنفقه فلا خلاف في تحريم نكاح الأمة الأخرى، فإن نكح أميتين في عقد وهو يستعف بواحدة فنكاحهما باطل لأنه يطل في أحدهما وليست بأولى من الأخرى فبطل كما لو جمع بين اختين

﴿مسئلة﴾ (قال الحارثي وله أن يتزوج من الأماء أربعا إذا كان الشرطان فيه قائمين) لما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وللمبد نكاح الأمة وإن فقد فيه الشرطان) لأنه مساو لها فلم يعتبر فيه هذان الشرطان

كالحر مع الحرة وله نكاح أميتين معا وواحدة بعد واحدة لأن خشية الغنت غير مشروطة فيه

﴿مسئلة﴾ (وهل له أن ينكحها على حرة على روايتين؟)

(أحدهما) له ذلك وهو قول مالك والشافعي لأنها مسارية له فلم يشترط لصحة نكاحها عدم الحرة

كالحر مع الحرة ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحر (والثانية) لا يجوز وهو قول أصحاب الرأي لأنه يروى عن سعيد بن المسيب أنه قال تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة ولأنه مالك لبضع حرة فلم يكن له أن يتزوج أمة كالحر

ولكن أحد استحب للرجل مفارقة امرأته إذا زنت وقال لا أرى أن يمك مثله هذه وذلك أنه لا يؤمن أن تفسد فراشه وتلحق به ولداً ليس منه، قال ابن المنذر لعل من كره هذه المرأة إنما كرهها على غير وجه التحريم فيكون مثل قول أحد هذا، قال أحد ولا يطؤها حتى يستبرأ بها ثلاث حيض وذلك لما روى رويغ بن ثابت قال سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر بسقي ماءه زرع غيره » يعني اتيان الحبالى ولأنها ربما تأتي بولد من الزنا فينسب إليه والاولى أنه يكتفي استبرأؤها بالحبيضة الواحدة لأنها تكتفي في استبراء الاماء وفي أم الولد إذا عتقت بموت سيدها أو باعتاق سيدها فيكتفي ههنا ولا يصرح ههنا بمجرد الاستبراء وقد حصل بحبيضة فيكتفي بها (فصل) وإذا علم الرجل من جاريته الفجور فقال أحد لا يطؤها لعلها تلحق به ولداً ليس منه قال ابن مسعود أكره أن أطأ أمتي وقد بنت وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أنه كان ينهى أن يطأ الرجل أمته وفي بطنها ولد جنين لغيره، قال ابن عبد البر هذا مجمع على تحريمه وكان ابن عباس يرخس في وطء الامة الفاجرة وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ولعل من كره ذلك كرهه قبل الاستبراء أو إذا لم يحصنها أو ينعم بها من الفجور ومن أباحه بعدها فيكون القولان متفقين والله أعلم .

﴿ مسألة ﴾ (وان جمع بينهما في العقد جاز)

لان كل واحدة منهما يجوز افرادها في العقد فجاز الجمع بينهما كالأمتين هذا اذا قلنا ليست حرية الزوج شرطاً في نكاح الحرية، ويتخرج ان لا يجوز بناء على قوله لا يجوز نكاح الامة على حرية ولا أنه لا يجوز نكاح الامة على الحرية فحرم عليه الجمع بينهما كالأمتين

﴿ مسألة ﴾ (وليس للعبد نكاح سيده)

قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على ان نكاح المرأة عبداً باطل لان أحكام الملك والنكاح تتناقض اذ ملكها إياه يقتضي وجوب نفقته عليها وسفره بسفرها وطاعته لإياها، ونكاحه إياها يوجب عكس ذلك فيتناقضان ولما روى الاثرم بأسناده عن أبي الزبير عن جابر انه سأل عن العبد ينكح سيده فقال جاءت امرأة الى عمر بن الخطاب ونحن بالجائسة وقد نكحت عبداً فاتهرها عمر وم ابن برجمها وقال لا يحل لك

(مسئلة) (وليس للحر ان يتزوج أمته)

لان ملك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولا يجوز ان يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكة

(مسئلة) (ولا يجوز للحر ان يتزوج أمة ابنه لان له فيها شبهة ملك)

وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق باعقائه إياها

(مسئلة) قال (ومن خطب امرأة فلم تسكن اليه فلمغيره خطبتها)

الخطبة بالكسر خطبة الرجل المرأة لينكحها والخطبة بالضم هي حمد الله والتشهد ولا يخلو حال المخطوبة من ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن تسكن الى الخاطب لما فتجيبه أو تأذن لوليها في اجابته أو تزويجه فهذه يحرم على غير خاطبها خطبتها لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه . وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » متفق عليهما ، ولان في ذلك انفسادا على الخاطب الاول وإيقاع العداوة بين الناس ولذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الرجل على بيع أخيه ولا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم إلا أن قوما حملوا النهي على الكراهة والظاهر أولى .

(القسم الثاني) أن ترده أو لا تترك اليه فهذه يجوز خطبتها لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال رسول الله ﷺ « أما معاوية فصعلوك لا مال له وأما أبا جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه انكحي أسامة بن زيد » متفق عليه فخطبها النبي ﷺ بعد إخبارها بإياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها ، ولان تحريم خطبتها على هذا الوجه اضرارها فانه لا يشاء أحد أن

ولنا قول النبي ﷺ « انت ومالك لا يليك » ولانه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحها فإني مضافة بحملتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أمة سيده أو سيدهته مع ما ذكرنا من الخلاف (فصل) ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه لان الرق قطع ولايته عن ابنه وماله وهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه

(فصل) وللأبن نكاح أمة أبيه لانه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فاشبه الأجنبي وكذلك سائر القرايات ويجوز للرجل أن يزوج ابنته لمملوكه ، وإذا مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً أمته انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءاً أمته بغير الارث لا نعلم فيه خلافاً الا ان الحسن قال اذا اشترى امرأته للعتق فاعتقها حين ملكها فهما على نكاحهما ولا يصح لأيهما متافيان فلا يجتمعان قليلا ولا كثيراً بمجرد الملك لها انفسخ نكاحها سابقاً على عتقها

(فصل) وان اشترى الحر زوجته أو جزءاً منها لم يملكه بغير الشراء انفسخ نكاحها وكذلك ان ملكت المرأة زوجها أو جزءاً أمته ولا نعلم في ذلك اختلافاً لما ذكرناه ، وان اشترى ابنه فعلى وجهين (أحدهما) ينفسخ النكاح لان ملك الابن كملكه في اسقاط الحدود وحرمة الاستيلاء فكان كملكه في ابطال النكاح (والثاني) لا يبطل لانه لا يملكها بملك الابن فلم يبطل نكاحه كالأجنبي

(فصل) واذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فانفسخ نكاحها فليس ذلك طلاقاً فتى اعتقته ثم

بمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبته إياها وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة فقال لا نفوتيني بنفسك وأشباه هذا لم تحرم خطبتها لأن في قصة فاطمة أن النبي ﷺ قال لها « لا نفوتينا بنفسك » ولم ينكر خطبة أبي جهن ومعاوية لها

وذكر ابن عبد البر أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ديان أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله وعلى مروان بن الحكم وعلي عبد الله بن عمر فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها فقال عمر إن جرير بن عبد الله يخطب وهو سيد أهل المشرق ، ومروان يخطب وهو سيد شباب قریش ، وعبد الله بن عمر وهو من قد علمت ، وعمر بن الخطاب فكشفت المرأة الست فقامت أمير المؤمنين ، فقال نعم ؟ فقالت فقد أنكحت أمير المؤمنين فأبكره فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد قبل أن يعلم ما قول المرأة في الأول

(القسم الثالث) أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والاكون تعريضاً لا تعريضاً كقولها ما أنت إلا رضى وما عندك رغبة فهذه في حكم القسم الأول لا يحل لغيره خطبتها هذا ظاهر كلام الخرقى وظاهر كلام أحمد فإنه قال إذا ركن بعضهم إلى بعض فلا يحل لأحد أن يخطب والركن يستدل عليه بالتعريض نارة والتعريض أخرى . وقال القاضي ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها وهو مذهب الشافعي في الجديد لحديث فاطمة حيث خطبها النبي ﷺ وزعموا أن الظاهر من كلامها ركنها إلى أحدهما واستدل القاضي بخطبته لما قبل سؤالها هل وجد منها ما دل على الرضى أولاً ؟

تزوجها لم تحتسب بتطبيقه وبهذا قال الحكم وحامد ومالك والشافعي وابن المنذر وإسحاق وقال الحسن والزهرى وقادة والأوزاعي تحتسب هي بتطبيقه ولا يصح لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وإنما فسخ النكاح بوجود ما يتألف فيه فأشبهه انفساخه بإسلام أحدهما

(فصل) ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فيحل له وطؤها بملك اليمين وروى عن قتادة أنه لم يزد ملكه فيها الأقربا وليس بصحيح لأن النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيها لا يملكه ولا نكاح فيه ﴿ مسألة ﴾ (ومن جمع بين محالة ومحرمة في عقد واحد فهل يصح فيمنحل ؟ على روايتين)

وإذا عقد النكاح على اخته وأجنبية معا بان يكون لرجل أخت وابنة عم أحدهما رضية للعتزوج فيقول له زوجتكما فيقبل ذلك فالنصوص صحة نكاح الأجنبية فيما ذكره الخرقى ونص فيمنزوج حرة وأما أنه يثبت نكاح الحرة ويفارق الأمة وذكر شيخنا في روايتين أحدهما يفسد فيهما وهو أحد قولي الشافعي واختاره أبو بكر لأنه عقد واحد جمع حلالا وحراما فلم يصح كما لو جمع بين أختين والثانية يصح في الحرة وهو أظهر الروايتين وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي لأنها محل قابل

ولنا محرم قوله عليه السلام « لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه » ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به ومكوثها إليه فخرمت خطبتها كما لو صرحت بذلك وأما حديث فاطمة الألاحجة لهم فيه فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما من وجهين

(أحدهما) أن النبي ﷺ قد كان قال لها « لا نسقيني بنفسك - في لفظ - لا نفوتيني بنفسك - وفي رواية - إذا حلت فأذني » فلم تكن لفتات بالأجابة قبل أن تؤذن رسول الله ﷺ و (الثاني) أنها ذكرت ذلك لرسول الله ﷺ كالمستشارة فيه أو في العدول عنهما لم يبرهما وليس في الاستشارة دليل على ترجيح أحد الأمرين ولا ميل إلى أحدهما على أنها إنما ذكرت ذلك للنبي ﷺ لترجع إلى قوله ورأيه وقد أشار عليها بتركهما لما ذكرنا من عيبهما فجري ذلك مجرى ردها لهما ونصرهما بهما ومن وجه آخر أن النبي ﷺ قد سبقهما بخطبتهما تعريضا بقوله لهما ما ذكرنا فكانت خطبته بعدهما مبنية على الخطبة السابقة لهما بخلاف ما نحن فيه .

(فصل) والتعويل في الرد والأجابة على الولي إن كانت مجبرة وعليها أن لم تكن مجبرة لاسيما أحق بنفسها من وليها ولو أجاب هو ورغبت عن النكاح كان الأمر أمرها ، وإن إجاب وليها فرضيت فهو كاجابتها وإن سقطت فلا حكم لأجابه لأن الحق لها ، ولو أجاب الولي في حق المجبرة فكرهت المحاب واختارت غيره سقط حكم أجابه وليها لكون اختيارها مقدما على اختياره ، وإن كرهته ولم تجز سواء

للكاح وأضيف إليها عقد صادر من أهله لم يجتمع معها فيه مثاها فصح كالأفرادت به وفارق العقد على الاختين لأنه لا مزية لأحدهما على الأخرى وهاهنا قد تعينت التي بطل النكاح فيها فبلى هذا القول يكون لها من المسمى بقسط مهر مثاها منه وفيه وجه آخر أن لها نصف المسمى وأصل هذين الوجهين إذا تزوج امرأتين يجوز له نكاحهما بمهر واحد هل يكون بينهما على قدر صداقتهما أو نصفين ؟ على وجهين يأتي ذكرهما انشاء الله تعالى

(فصل) ولو تزوج يهودية ومجوسية أو محلة أو محرمة في عقد واحد فسد في المجوسية والمحرمة وفي الأخرى وجهان وإن نكح أربع حرائر وأمة فسد في الأمة وفي الحرائر وجهان وإن نكح العبد حرتين وأمة بطل نكاح الجميع وإن تزوج امرأة وابنتها فسد فيهما لأن الجمع بينهما محرم فلا يصح فيهما كالاختين

﴿مسئلة﴾ (وكل من حرم نكاحها حرم وطؤها بملك اليمين إلا إماء أهل الكتاب)

السلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) أن أهل الكتاب حلال وهذا قول عامة أهل العلم إلا الحسن فإنه كرهه لأن الأمة السكناية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية ولنا قول الله تعالى (الأعلى أزواجهم أو ما ملكت أيانهم فأنهم غير ملومين) ولأنها بمن يمل نكاح حرائرهم فحل له التسري بها كالمسلمة فأما نكاحها فيحرم لأنه فيه إرفاق ولده وابقاؤه مع كفرة بخلاف

فيذني أن يسقط حكم الاجابة أيضا لانه قد أمر باستمرارها فلا يذني له أن يكرها على مالا رضاه ، وإن أجابته ثم رجعت عن الاجابة رسخت زال حكم الاجابة لانها الرجوع ، وكذلك اذا رجع الولي المجبر عن الاجابة زال حكمها لان له النظر في امر موليته مالم يقع العقد ، وإن لم يرجع هي ولا وليها ولكن ترك الخاطب الخطبة أو أذن فيها جازت خطبتها لما روي في حديث بن عمر عن النبي ﷺ انه نهى ان يخاطب الرجل على خطبة أخيه حتى يأذن له أو يترك . رواه البخاري

(فصل) وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرومة . قال احمد لا يحمل لاحد أن يخاطب في هذه الحال ، وقال ابو جعفر العكبري هي مكرومة غير محرمة وهذا نهى تأديب لا تحريم

ولنا ظاهر النهي فان مقتضاه التحريم ولانه نهى عن الاضرار بالآدمي المصوم فكان على التحريم كالمعي عن كل ماله وسفك دمه فان قل فكأنه صحيح نص عليه احمد فقال لا يفرق بينهما وهو مذهب الشافعي ، وروي عن مالك ودارد انه لا يصح وهو قياس قول أبي بكر لانه قال في البيع على بيع أخيه هو باطل وهذا في معناه ووجهه انه نكاح منهي عنه فكان باطلا كنكاح الشغار

ولنا أن المحرم لم يفارق العقد فلم يؤثر فيه كما لو صرح بالخطبة في العدة

(فصل) ولا يكره لولي الرجوع عن الاجابة إذا رأى المصلحة لها في ذلك لان الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين

التسري (الفصل الثاني) ان من حرم نكاح حرارهم من المجوسيات وسائر الكوافر سوى أهل أهل الكتاب لا يباح وطه الاماء منهن بملك اليمين في قول أكثر أهل العلم منهم الزهري وسعيد بن جبير والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والشافعي قال ابن عبد البر على هذا جماعة فقهاء الامصار وجمهور العلماء وما خالفه فشدوذ لا بعد خلافاً ولم يبلغا لإباحة ذلك الا عن طائفة لقوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وقوله (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) الآية وروى أبو سعيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر بعثا قبل أو طاس فأصابوا لهم سبايا فكان ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتخرجون من غشيانهم من أجل أزواجهم من المشركين فأنزل الله عز وجل في ذلك (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) قال فهن لم حلال إذا انقضت عدتهن وعنه ان رسول الله ﷺ قال في سبايا أو طاس « لا توطأ حامل حتى تضع ولا ذات حليل حتى تحيض حيضة » رواها أبو داود وهذا صحيح وهم عبدة الاوثان وهذا ظاهر في إباحتهن ولان الصحابة في عصر النبي ﷺ كان أكثر سباياهم من كفار العرب وهم عبدة الاوثان فلم يكونوا يرون تحريم ذلك ولا نقل عن النبي ﷺ تحريمهن ولا أمر الصحابة بإجتماعهن وقد دفع أبو بكر إلى سلمة بن الأكوع امرأة من بعض السبي فله إياها وأخذ عمر وابنه من سبي هوازن وكذلك غيرها من الصحابة وأم محمد بن الحنفية من سبي بني حنيفة وأخذ الصحابة سبايا فارس وهم

له المصلحة في تركها ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخطاب لأنه عقد عمري بدوم الضرر فيه وكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظام وان رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من اخلاف الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لان الحق بعد لم يلزمهما كمن سام سلامة ثم بداله الا يبعها

(فصل) فان كان الخطاب الاول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته نص عليه احمد فقال لا يخطب على خطبة أخيه ولا يسارم على سوم أخيه انما هو للمسلمين ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني أو استنام على سومهم لم يكن دخلا في ذلك لانهم ليسوا باخوة للمسلمين وقال ابن عبد البر لا يجوز أيضا لان هذا خرج مخرج الغالب لا تخصيص الملم به

ولنا أن لفظ النهي خاص في المسلمين والحق غيره به انما يصح اذا كان مثله وليس الذي كالمسلم ولا حرمة كحرمة ، ولذلك لم تجب إيجابهم في دعوة الولية ونحوها وقوله خرج مخرج الغالب قلنا متى كان في المحصور بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم لم يجز حذفه ولا تعدي الحكم بدونه ، والاخرة الاسلامية تأثير في وجوب الاحترام وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه وحفظ قلبه واستبقائه مودته فلا يجوز خلاف ذلك والله أعلم

مسئلة (ولو عرض لها وهي في العدة بأن يقول آني في مثلك لراغب ، وان قضي شيء كان وما أشبهه من الكلام مما يدلها على رغبته فيها فلا بأس اذا لم يصرح)

وجملة ذلك أن المعتدات على ثلاثة أصرب ، معتدة من وفاة أو طلاق ثلاث أو فسخ لنحرهما على

مجنوس فلم يلقنا أنهم اجتنبوهن وهذا ظاهر في إباحتهن لولا اتفاق سائر أهل العلم على خلافه وقد أجبت عن حديث أبي سعيد بأجوبة منها أنه يحتمل أنهم أسلموا كذلك روي عن أحمد حين سأله محمد بن الحكم قال قالت لأبي عبد الله اليس كانوا عيدة أو ثان؟ قال لا أدري كانوا أسلموا أولا؟ وقال ابن عبد البر إباحة وطهين منسوخة بقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن)

(فصل) قال رحمه الله ولا يجعل نكاح خشي مشكل حتى يدين أمره نص عليه في رواية الميودني وذ كره ابو اسحاق مذهبا للشافعي وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كالمو اشتبهت عليه أخته بنسوة ولأنه قد اشته المباح بالمحذور في حقه فحرم لما ذكرنا وقال الحرقى إذا كان أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد وان قال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلا وذلك لأنه لا يخلو من أن يكون رجلا أو امرأة قال الله تعالى (وانه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالا كثيرا ، نساء) وليس ثم خلق ثالث فاذا كان مشكلا لم يظهر فيه علامات الرجال ولا النساء فقد اختلف فيه أصحابنا واختر الحرقى أنه يرجع الى قوله قال ذكر أنه رجل وانه يميل طبعه الى نكاح النساء فله نكاحهن وان ذكر أنه امرأة يميل الى طبعه الى

زوجها ففسخ برضاع أو لعان ونحوه مما لا يحل بعده لزوجها فهذا يجوز التعريض بخطبتها في عدتها انزل الله تعالى (ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء) ولما روت فاطمة بنت قيس أرادت النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثاً إذا حلت ما ذنبي - وفي لفظ - لا تستعيني بنفسك - وفي - لفظ لا فتوتينا بنفسك - وهذا تعريض بخطبتها في عدتها ولا يجوز التصريح لأن الله تعالى لما خص التعريض بالافاحة دل على تحريم التصريح ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح فلا يؤمن أن يحملها المص على الاخبار باقضاء عدتها قبل انقضائها والتعريض بخلافه

(القسم الثاني) الرجعية فلا يحل لأحد التعريض بخطبتها ولا التصريح لانها في حكم الزوجات فهي كالتى في صاب نكاحه

(القسم الثاني) بلئن يحل لزوجها نكاحها كالاحتعاة والبائن بفسخ لغية أو عسار ونحوه فلزوجها التصريح بخطبتها والتعريض لانها سباحة له نكاحها في عدتها فهي كغير المعتدة وهل يجوز لغيره التعريض بخطبتها فيه وجهان ولشأنني فيه أيضاً قولان (أحدهما) يجوز لعموم الآية ولأنها بائن فأشبهت المطلقة ثلاثاً (والثاني) لا يجوز لأن الزوج بذلك أن يستبيحها فهي كالرجعية والمرأة في الجواب كالرجل في الخطبة في ما يحل ويحرم لأن الخطبة لا تعد فلا يختلفان في حله وحرمة اذ اثبت هذا فالتعريض أن يقول اني في مثلك لراغب ورب راغب فيك

الرجال زوج رجلا لانه معنى لا يتوصل اليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق إلى غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها وقد يعرف نفسه بيل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فإن الله تعالى أجرى العادات في الحيوانات بيل الذكر إلى الانثى وميلها اليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة ولا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فيرجع فيه إلى الامور الباطنة فيما يختص هو بحكمه وأما الميراث والدية فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو دية قبل منه وان ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لانه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره وما كان من عباداته وسننه وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الامامة وولاية النكاح وما لا يثبت حقا على غيره واذا زوج امرأة رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الاول لم يقبل قوله في الزوج بغير الجنس الذي زوجه أولا لانه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجحيم بين تزويج الرجال والنساء .

(مسألة) (فان تزوج امرأة فقال أنا امرأة انفسخ نكاحه) لا قراره بطلانه ولزمه نصف المهر ان كان قبل الدخول وجميعه ان كان بعده ولا يحل له بعد ذلك أن ينكح لانه أقر بقوله أنا رجل بتحريم الرجال وأقر بقوله أنا امرأة بتحريم النساء

(مسألة) (وان تزوج رجلا ثم قال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه) لانه لا حق عليه

وقال القاسم بن محمد : التعريض أن يقول انك علي لكرية واني فيك لراغب وان الله لسائق اليك خيراً أو رزقاً ، وقال الزهري أنت جيلة وأنت مرغوب فيك ، وان قال لانسبقينا بنفسك أو لانفوتينا بنفسك أو إذا حلت فأذني ونحو ذلك جاز ، قال مجاهد مات رجل وكانت امرأته تقبع الجنابة فقال رجل لانسبقينا بنفسك فقالت سبقك غيرك ، ونجيبه للمرأة ان قضى شيء كان وما ترغب عنك وما أشبهه والصرح هو اللفظ الذي لا يحتمل غير النكاح نحو أن يقول زوجيني نفسك أو اذا انقضت عدتك تزوجتك ويحتمل ان هذا معنى قوله تعالى (لا تواعدوهن سرراً) فان النكاح يسمى سرراً قال الشاعر

فلن تطلبوا امرها لاني ولن تسلموها لازهاذا

وقال الشافعي السر الجماع ، وأنشد لامري القيس

ألا زعمت بسبابة القوم انني كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ومواعدة السر أن يقول عندي جماع يرضيك ونحوه وكذلك ان قال رب جماع يرضيك ، فهي عنه لما فيه من المحجر والفحش والدناءة والسخف

(فصل) فان صرح بالخطبة أو عرض في موضع يحرم التعريض ثم تزوجها بعد حلها صرح نكاحه وقال مالك يطلقها تطلقه ثم يتزوجها وهذا غير صحيح لان هذا المحرم لم يقارن العقد فلم يؤثر فيه كما في النكاح الثاني أو كما لو رآها متجردة ثم تزوجها

فاذا أزال نكاحه فلا مهر له لانه يقر أنه لا يستعته وسواء دخل أو لم يدخل ويحرم النكاح بعد ذلك لما ذكرنا .

باب انشروط في النكاح

وهي قيمان صحيح وقاسد فالصحيح نوعان (أحدهما) بقضيه العقد كتسليم المرأة اليه وتبليكه من الاستمتاع بها فهذا لا يؤثر في العقد وجوده كهدمه (الثاني) شرط ما تنتم به المرأة كزيادة مهرها أو نقد معين فهو صحيح يجب الوفاء به كالتن في المبيع

(مسألة) (فان شرط أن لا يخرجها من دارها أو لداها أو لا يتزوج عليها أو لا يتسمى فهو صحيح لازم فان وفى به إلا فلها الفسخ)

يروى ذلك عن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص ومعاوية وعمر بن العاص رضي الله عنهم وبه قال شريح وعمر بن عبدالعزيز وجابر بن زيد وطاوس والاوزاعي واسحاق وأبطل هذه الشروط الزهري وقادة وهشام بن عروة ومالك واليث والثوري والشافعي وابن المنذر وأصحاب الرأي وقال أبو حنيفة والشافعي يفسد المهر ولها مهر المثل واحتجوا بقول النبي ﷺ « كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط » وهذا ليس في كتاب الله لان الشرع لا يقتضيه ويقول النبي

(فصل) ويحرم على العبد نكاح سيده . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن نكاح المرأة عبدها باطل ، وروى الأثرم بإسناده عن أبي الزبير قال سألت جابرا عن العبد ينكح سيده فقال جاءت امرأة إلى عمر بن الخطاب ونحن بالجالية وقد نكحت عبدها فانتهرها عمر وم أن يرجعها وقال لا يحل لك . ولأن أحكام النكاح مع أحكام المالك يتنافيان فإن كل واحد منهما يقتضي أن يكون الآخر بحكمه يسافر بسفره ويقيم بإقامته وينفق عليه فيتنافيان

(فصل) وليس لسيده أن يتزوج أمته لأن المالك الرقبة يفيد ملك المنفعة وإباحة البضع فلا يجتمع معه عقد أضعف منه ولو ملك زوجته وهي أمة انفسخ نكاحها وكذلك لو ملكت المرأة زوجها انفسخ نكاحها ولا نكاح في هذا خلافا ولا يجوز أن يتزوج أمة له فيها ملك ولا يتزوج مكاتبته لأنها مملوكة (فصل) ولا يجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لأن له فيها شبهة وهذا قول أهل الحجاز وقال أهل العراق له ذلك لأنها ليست مملوكة له ولا تعتق باعتاقها

ولنا قول النبي ﷺ «أنت ومالك لأبيك» ولأنه لو ملك جزءاً من أمة لم يصح نكاحه لها فإما هي مضافة إليه بحملتها شرعاً أولى بالتحريم وكذلك لا يجوز للعبد نكاح أم سيده أو سيده مع ما ذكرنا من الخلاف ويجوز للعبد أن يتزوج أمة ابنه لأن الفرق يقطع ولايته عن أبيه وماله ولهذا لا يلي ماله ولا نكاحه ولا يرث أحدهما صاحبه فهو كالأجنبي منه (فصل) وللأبن نكاح أمة أبيه لأنه لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فأشبه الأجنبي وكذلك

ﷺ «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً» وهذا يحرم الحلال وهو التزويج والتسري والسفر ولأن هذا شرط ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه ولم يبين على التغليب والسرابة فكان قاسداً كما لو شرطت أن لا تسلم نفسها

ولنا قول النبي ﷺ «إن أحق ما وفيه بالشروط ما استحللتم به الفروج» رواه سعيد - وفي لفظ - «إن أحق الشروط أن توفوا بهما استحللتم به الفروج» متفق عليه وقول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعاً وروى الأثرم بإسناده أن رجلاً تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر فقال لها شرطها فقال الرجل إذا بطلت فقال عمر مقاطع الحقوق عند الشروط ولأنه شرط له فيه منفعة ومقصود لا يمنع المقصود من النكاح فكان لازماً كما لو اشترطت زيادة في المهر أو غير نقد البلد وأما قوله صلى الله عليه وسلم «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» أي ليس في حكم الله وشرعه وهذا مشروع قد ذكرنا ما دل على مشروعيته وعلى من بقي ذلك الدليل وقولهم إن هذا يحرم الحلال قلنا لا يحرم حلالاً وأما ثبت للمرأة خيار الفسخ إن لم يف لها به وقولهم ليس من مصلحة العقد ممنوع فإنه من مصلحة المرأة وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده كاشتراط الرهن والضمين ثم يبطل بالزيادة على مهر

سائر القربات ويجوز أن يزوج الرجل ابنته المملوكة إذا قلنا ليست الحرية شرطاً في الصحة ، ومتى مات الأب فورث أحد الزوجين صاحبه أو جزءاً منه انفسخ النكاح وكذلك ان ملكه أو جزءاً منه بغير الارث لا نعلم فيه خلافاً الا أن الحسن قال إذا اشترى امرأته للعق فاعتقها حين ملكها فمها على نكاحهما . ولا يصح لانهما متنافيان فلا يجتمعان قليلاً ولا كثيراً فيه جرد الملك لها انفسخ نكاحه سابقاً على عتقها . وحكم المكاتب يزوج بنت سيده أو سيده حكم العبد في أنه إذا مات سيده انفسخ نكاحه . وقال أصحاب الرأي النكاح بحاله لأنها لا تملكه إنما لها عليه دين وليس بصحيح فإن النبي ﷺ قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ولأنه لو زال الملك عنه لما عاد به جزه كما لو أعنتق

(فصل) وإذا ملكت المرأة زوجها أو بعضه فأنفسخ نكاحها فليس ذلك بطلاق فني أعنتقه ثم تزوجها لم تحسب عليه بتطليقة وبهذا قال الحنك ومالك والشافعي وابن المنذر وأصحاب وقال الحسن والزهرى وقنادة والاوزاعي هي تطليقة وليس بصحيح لأنه لم يلفظ بطلاق صريح ولا كناية وإنما انفسخ النكاح وجود ما ينافيه فأشبهه افساخه بإسلام أحدهما أو ردت ولو ملك الرجل بعض زوجته انفسخ نكاحها وحرم وطؤها في قول عامة المفتين حتى يستخلصها فتحل له بملك اليمن وروي عن قنادة أنه قال لم يزده ملكه فيها الا قرباً وليس بصحيح لان النكاح لا يبقى في بعضها وملكه لم يتم عليها ولا يثبت الحل فيها لا يملكه ولا نكاح به

المثل وإذا ثبت أنه شرط لازم فلم يف به فلها الفسخ ولهذا قال عمر للذي قضى عليه بلزوم الشرط حين قال إذا بطلتتنا مقاطع الحقوق عند الشروط ولم يلتفت الى قوله ولأنه شرط لازم في عقد فثبت حق الفسخ في ترك الوفاء به كالرهن في اليمين

﴿مسئلة﴾ (وان شرط لها طلاق ضررها فقال أبو الخطاب هو صحيح)

لأنه شرط لا ينافي العقد ولها فيه قاندة فأشبه ما لو شرطت عليه أن لا يزوج عليها قال شيخنا ولم أر هذا لغيره . ويحتمل أنه باطل وهو الصحيح لما روى أبو هريرة قال سمى النبي ﷺ أن تشرط المرأة طلاق أختها وفي لفظ أن النبي ﷺ قال « لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في صفحتها وتتكح فان لها ما قدر لها » رواها البخاري والتهى يقتضي فساد المنهي عنه لأنها شرطت عليه فسخ عقده وبطلان حقه وحق امرأته فلا يصح كما لو شرطت فسخ يمينه وعلى قياس هذا ما لو شرطت عليه بيع

﴿مسئلة﴾ قال رضي الله عنه (القسم الثاني فاسد وهو ثلاثة أنواع (أحدها) ما يبطل النكاح وهو ثلاثة أشياء (أحدها) نكاح الشغار وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما) قيل إنما سمي هذا النكاح شغاراً لقبه تشبيهاً برفع الكلب رجله ليبول في الفتح يقال شفر الكلب إذا رفع رجله ليبول وحكي عن الأصمعي أنه قال الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر

(فصل) ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه لان الله تعالى قال [إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم] وليست هذه زوجة له ولا مملوكة ولأنه يحل لابنه وطؤها ولا تحل المرأة لرجلين فإن وطئها فلا حد عليه ، نص عليه أحمد ، وقال داود : يحد . وقال بعض الشافعية : ان كان ابنه وطئها حد لأنها محرمة عليه على التأيد

ولنا أن له فيها شبهة لقول النبي ﷺ « أنت ومالك لأبيك » والحد يدرك بالشبهات ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه والقصاص حق آدمي فإذا سقط بشبهة الملاك فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الأولى ولأنه لا يقطع بسرقة ماله ولا يحد بقتله فكذلك لا يحد بالزنا بجاريته ، فإذا ثبت هذا فإنها تحرم على الابن على التأيد وإن كان الابن قد وطئها حرمت عليهما على التأيد ، وإذا لم يتعلق من الأب لم يزل ملك الابن عنها ولم يلزمه قيمتها ، وقال أبو حنيفة : يلزمه ضمانها لأنه أنفها عليه وحرمة وطأها فأشبه ماله قبلاً

ولنا أنه لم يخرجها عن ماله ولم تنقص قيمتها فأشبه ماله أرضها امرأته فإنها تحرم على الابن ولا يجب له ضمانها وإن عاقت منه فالولد حر يباح به النسب لأنه من وطء لا يجب به الحد لأجل الشبهة فأشبه ولد الجارية المشتركة وتصير الجارية أم ولد للأب . وقال الشافعي في أحد قوايه لا نصير أم ولد لأنها غير مملوكة له فأشبه ماله وطئ جارية أجنبي بشبهة

عما يريد ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وحكي عن عطاء وعمرو بن دينار ومكحول والزهري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كالمزوج على خير أو خير وهذا كذلك

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جلب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » ولأنه جعل كل واحد من المقدين سلفاً في الآخر فلم يصح كما لو قال بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي قولهم ان فساده من قبل التسمية قلنا بل فساده من جهة أنه وقفه على شرط فاسد ولأنه شرط تملك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للآخرى فكانت ملكة إياه بشرط انتزاعه منه إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صدق كل واحدة منها بضع الآخرى أو لم يقل ذلك وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقاً لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ويكون بضع كل واحدة منها مهراً في الأخرى

ولما أنها علفت منه بحر لاجل الملك فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان موسراً ، قال أصحابنا ولا يلزم الاب قيمة الجارية ولا قيمة ولدها ولا مهرها . وقال الشافعي لزمه ذلك كله إذا حكم بأنها أم ولد وهذا يعني على أصل وهو أن للاب أن يملك من مال ولده ما شاء ، وأنه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه ولا قيمة ، تلف وعندم بخلاف ذلك وهذا يذكر في موضع آخر إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن وطئ الابن جارية أبيه عالماً بتحريم ذلك فعليه الحد ولا يلحقه النسب ولا نصيب به الجارية أم ولد لانه لا ملك له ولا شبهة ملك فأشبه وطئ الاجنبية وكذلك سائر الافارب

(فصل) وإن وطئ الاب وابنه جارية الابن في طهر واحد فأنت بولد أربي القافة فألحق بمن ألحقته به منهما وصارت أم ولد له كالأفراد بوطئها وإن ألحقته بهما ألحق بهما وإن أولدها أحدهما بمد الآخر فهي أم ولد للأول منهما خاصة لأنها بولادتهما صارت له أم ولد لا نفراده بإيلادها فلا تنقل بعد ذلك الى غيره لأن أم الولد لا ينتقل الملك فيها الى غير مالكتها

وقد نقل عن أحمد في رجل وقع على جارية ابنه فإن كان الاب قابضاً لها ولم يكن الابن وطئها فأحبها الاب قال ولد له والجارية له وليس للابن فيها شيء ، قال القاضي ظاهر هذا ان الابن ان كان وطئها لم تصر أم ولد للاب لانه يحرم عليه وطؤها وأخذها فتكرن قد علفت بمملوك وإن كان الاب قبضها ولم يكن الابن وطئها ملكها لان للاب أن يأخذ من مال ولده ما زاد على قدر نفقته ولم يتعلق به حاجته فيتملكه

ولما مروى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق هذا لفظ الحديث الصحيح المنفق عليه وفي حديث أبي هريرة والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني بنتك وأزوجك ابنتي وزوجني أختك وأزوجك أختي رواء مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع وينسب النكاح بأي ذلك كان ولانه إذا شرط في نكاح أحدهما تزويج الاخرى فقد جمل بضع كل واحدة منهما صداق الاخرى ففسد كما لو لفظ

(فصل) فإن سميا مع ذلك مهرأ فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالنصوص عن أحمد صحته وهو قول الشافعي لا تقدم من حديث ابن عمر وكأنه قد سمى صداقاً فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الحارثي لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبو داود عن الأعرج أن العباس بن عبد الله ابن العباس أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبد الرحمن ابنته وكانا جملاً صداقاً فكتب معاوية الى مروان قاهره ان يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولانه شرط نكاح أحدهما لنكاح الاخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقاً يحققه أن عدم التسمية ليس بفسد للعقد بدليل

﴿ باب نكاح أهل الشرك ﴾

أنكحة الكفار صحيحة يرون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال ولا ينظر صفة عقدهم وكيفيته ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشباه ذلك بإخلاف بين المسلمين

قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معا في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب لإرضاع، وقد أسلم خلق في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم وأقربا على أنكحتهم ولم يسألهم رسول الله ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يتبيننا ولكن ينظر في الحال فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها أقر، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة والمرتدة والوثنية والمجوسية والمطلة ثلاثا لم يقر، وإن تزوجها في العدة وأسلمها بعد انقضائها أقر لأنها يجوز ابتداء نكاحها

نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه متلف في عقد فلم يصح كما لو قال بعثتك ثوبتي بمشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين وهذا لا اختلاف فيه إذا لم يصرح بالتشريك فأما إن قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالنكاح فاسد لأنه صرح بالتشريك فلم يصح العقد كما لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سما صداقا فقيه وجهان (أحدهما) تفسد التسمية ويجب مهر المثل، وهذا قول الشافعي لأن كل واحد منهما لم يرص بالمسمى إلا بشرط أن يتزوج مولية صاحبه فنقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولا فبطل (والوجه الثاني) ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهرأ فصح كما لو قال زوجتك على ألف على أن لي منها مائة

(فصل) فإن سمي لأحدهما مهرأ دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لأنه فسد في أحدهما ففسد في الأخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقا لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سمي لها صداقا روايتان لأن فيه تسمية وشرطا فاشبه ما لو سمي لكل واحدة منهما مهرأ ذكره القاضي هكذا

(فصل) فإن قال زوجتك جاريتي هذه على أن تزوجني ابنتك ويكون عتقا صداقا لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته وإذا تزوج ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها صح لأن الجارية تصلح أن تكون صداقا وإذا زوج عبده امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق لأن ملك المرأة زوجها منع صحة النكاح فيفسد الصداق وبصح

٥٣٢ إذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بن منه (المنفي والشرح الكبير)

﴿مسئلة﴾ قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (وإذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل بهن بن منه وكان لكل واحدة نصف ماسعى لها ان كان حلالا أو نصف صداق مثلها إن كان ماسعى لها حراما ، ولو أسلم النساء قبله وقبل الدخول بن منه أيضا ولا شيء عليه لواحدة منهن فان كان اسلامه واسلامهن قبل الدخول معا فهن زوجات ، فان كان دخل بهن ثم أسلم فمن لم تسلم منهن قبل انقضاء عدتها حرمت عليه منذ اختاف الدينان) في هذه المسئلة فصول خمسة (أحدها) أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين أو كذابي يتزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول تعجلت الفرقة بينهما من حين اسلامه ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تعجل الفرقة بل إن كانا في دار الاسلام عرض الاسلام على الآخر فان أبي وقعت الفرقة حينئذ ، وإن كانا في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فان لم يسلم الآخر وقعت الفرقة فان كان الاباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقة حصلت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به ، وإن كان من المرأة كان فسخا لان المرأة لا تملك الطلاق ، وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فان أسلم والا وقعت الفرقة ، وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقة لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر)

النكاح وبموجب مهر المثل (الثاني) نكاح المحلل وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها ، نكاح المحلل باطل حرام في قول عامة اهل العلم منهم الحسن والتخفي وقتادة ومالك والليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتكها الى ان تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما او اذا احلها للأول طلقها وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط وقال الشافعي في الصورتين الاولتين لا يصح (وفي الثالثة) على قولين :

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال « لعن الله المحلل والحلل له » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي قال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند اهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر ابن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين وروى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس وقال ابن مسعود المحلل والحلل له ملعونون على لسان محمد ﷺ وروى ابن ماجه عن عقبة بن عامر ان النبي ﷺ قال « ألا أخبركم بالنيس المستعار » قالوا بلى يا رسول الله قال « هو المحلل لعن الله المحلل والحلل له » رواه الاثرم بإسناده عن قبيصة عن جابر قال سمعت عمر يخطب الناس وهو يقول والله لا أوتى بمحلل ولا محلل له إلا رجعتما ولانه نكاح إلى مدة أو فيه شرط يمنع بقاء فاشبه نكاح المتعة .

﴿مسئلة﴾ (فان نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضا في ظاهر المذهب وقيل يكره ويصح)

ولما أنه اختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالردة على ملك كاسلام الزوج أو كآلو أبي الآخر الاسلام ، ولأنه ان كان هو المسلم فليس له امساك كافرة اقوله تعالى (ولا تمسكوا بهن السكوا) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها على نكاح مشرك ولنا على أنها فرقة فسخ انها فرقة باختلاف الدين فكان فسخا كآلو أسلم الزوج وأبت المرأة ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

(الفصل الثاني) أن الفرقة اذا حصلت قبل الدخول باسلام الزوج فللمرأة نصف المسمى ان كانت التسمية صحيحة أو نصف مهر مثلها ان كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيرا لان الفرقة حصلت بفعله ، وإن كانت باسلام المرأة فلا شيء . لما لان الفرقة من جهتها وهذا قال الحسن ومالك والزهري والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي . وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر اذا كانت هي المسلمة واختارها ابو بكر ، وبه قال قتادة والثوري ويتضمنه قول أبي حنيفة لان الفرقة حصلت من قبله بابائه الاسلام وامتناعه منه وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض الله لها كآلو علق طلاقها على الصلاة فصارت .

ونقل عن أحمد في محموسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته لاشيء لها من الصداق ووجها ما ذكرناه ووجه الاول أن الفرقة حصلت باختلاف الدين واختلاف الدين حصل باسلامها فكانت الفرقة حاصلة

إذا تواطأ عليه قبل العقد ولم يذكر هل نواء أو نوى المحلل من غير شرط ؟ قالنكاح باطل أيضا قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة في نفسه أن يحلها لزوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محلل إذا أراد بذلك الاحلال وهو ملمون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم فروى نافع عن ابن عمر أن رجلا قال له امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم تأمرني ولم تعلم قال لا ، نكاح رغبة ان أعجبتك أمسكتها وان كرهتها فارقتها قال وان كننا نعدده على عهد رسول الله ﷺ سفاحا وقال لا يزالا زانيين وان مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها ، وهذا قول عثمان بن عفان رضي الله عنه وجاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امرأته ثلاثا أحلها له رجل ؟ قال من يخادع الله يخدعه ، وهذا قول الحسن والنخعي والشافعي وفتادة وبكر المزني والليث ومالك والثوري واسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح وذكر القاضي في صحته وجها مثل قولها لانه خلا عن شرط يفسده فأشبهه ما لو نوى طلاقها لغير الاحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك ولان العقد انما يطل بما شرط لا بما قصد بدليل ما لو اشترى عبدا بشرط ان يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يطل ولانه قد روي عن عمر ما يدل على اجازته فروى أبو حفص باسناده عن محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صغار وعليه إزار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يعطه شيئا فينها هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا

بفعلها فلم يجب لها شيء. كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فانه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت وقعت الفرقة ولها نصف المهر

(الفصل الثالث) أن الزوجين إذا أسلما معافهما على النكاح سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بمحمد الله. ذكر ابن عبد البر انه إجماع من أهل العلم وذلك لانه لم يوجد منهم اختلاف دين. وقد روى ابو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة بعده فقال يا رسول الله انها كانت أسلمت وهي فردها عليه ويمتبر تناظرهما بالاسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح ويحتمل أن يقف على المجلس كالقبض ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد، ولانه يعد اتفاقهما على النكاح بكافة الاسلام دفعة واحدة، فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين قبل الدخول الا في الشاذ النادر فيبطل الاجماع.

(الفصل الرابع) انه اذا كان اسلام أحدهما بعد الدخول ففيه عن احمد روايتان (إحداهما) يقف على انقضاء العدة فان أسلم الآخر قبل انتضاءها فها على النكاح، وان لم يـلم حتى انقضت العدة وقعت الفرقة منذ اختلف الدينان فلا يحتاج الى استئناف العدة وهذا قول الزهري والاثب والحسن بن صالح والارزاعي والشافعي وإسحاق ونحوه عن مجاهد وعبد الله بن عمر ومحمد بن الحسن، والرواية

الرقعتين شيئاً ويحك لي؟ قالت نعم ان شئت فاقبروه بذلك قال نعم فزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار فجاء القرشي يحوم حول الدار ويقول ياويله غلبتني امرأتي فأتى عمر فقال ياأمير المؤمنين غلبت على امرأتي قال من غلبك؟ قال ذو الرقعتين قال ارسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف وضعك من قومك؟ قال ليس بموضع بأس قالت ان أمير المؤمنين يقول لك طاق امرأتك فقل له لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك فأنبسته حلة فلما رآه عمر من بعيد قال الحمد لله الذي رزقنا الرقعتين فدخل عليه فقال أنطلق امرأتك؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقها لا وجمت رأسك بالسوط ورواه سعيد عن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين نحوه من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم ير به عمر بأساً

ولنا قول النبي ﷺ «لمن الله المحلل والمحلل له» وقول من سمي من الصحابة ولا يخالف لهم فيكون اجماعاً ولانه قصد به التحليل فلم يصح كالموشرطه أما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له اسناد يعني أن ابن سيرين لم يذكر اسناده الى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل قان هو من الذي سمعوه يخطب به على المنبر لا أوتي محلل ولا محلل له الا رجعتما؟ ولانه ليس فيه ان ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فنوى بالمقدغير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة

الثانية تتعجل الفرقة وهو اختيار الحلال وصاحبه ، وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقتادة والحكم وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر، وقول أبي حنيفة ههنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانتقضت عدتها وحصلت الفرقة لزمها استئناف العدة ، وقال مالك إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فإن أسلمت والا وقعت الفرقة وإن كانت غائبة تعجلت الفرقة ، وإن أسلمت المرأة قبله وقفت على انقضاء العدة واحتج من قال بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالرضاع ولنا ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب قال كان بين أسلم صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ثم أسلم فلم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح . قال ابن عبد البر وشبهة هذا الحديث أقوى من استناده ، وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى البن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فباع النبي ﷺ فتيثنا على نكاحها ، وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله ﷺ يسلّم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأيهما أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته ، وإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما . ولأن أبا سفيان خرج أسلم عام الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي

صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين فان قصدت المرأة أو وليها التحليل دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وإبراهيم إذا هم أحد اثلاثة فسد النكاح قال أحمد كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ « تريدون أن ترجي إلى رفاة ؟ » ونية المرأة ليس بشيء إنما قال النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج لانه الذي إليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء وكذلك الزوج الاول لا يملك شيئاً من العقد ولا من رفعه فهو أجنب كسائر الأجانب فان قيل فكيف لعنه النبي ﷺ ؟ قيل إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل لأنها لم تحل له فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك

(فصل) وإن اشترى عبداً فزوجه إياه ثم وهبها العبد أو بضعه لينفسخ النكاح بملكها لم يصح قال أحمد في رواية حنبل إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً وزوجه إياه فهذا الذي نهى عنه عمر بن الخطاب بان جميعاً وهذا فاسد ليس بكفء وهو شبه المحلل وعلل أحمد فساده بشيئين (أحدهما) أنه شبه المحلل لانه إنما زوجه إياه لتحل له (والثاني) كونه ليس بكفء لها ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل لان المعبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره

(فصل) ونكاح المحلل فاسد ثبت فيه أحكام العقود الفاسدة فانه فن ولا يحصل به الاحصان

ﷺ مكة فثبتنا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن أمية فلقيا النبي ﷺ عام الفتح بالابواء فأسلما قبل نساها ولم يعلم أن النبي ﷺ فرق بين أحد من أسلم وبين امرأته ويبعد أن يتفق إسلامها دفعة واحدة ، ويقارن ما قبل الدخول فانه لأعدة لها فتعجل البيونة كالمطلقة واحدة ، وهما لها عدة . فإذا انقضت تبينا وهو عا الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج إلى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة فتحتسب الفرقة منه كاطلاق (الفصل الخامس) أنه اذا أسلم أحد الزوجين وتختلف الآخر حتى انقضت عدة المرأة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد البر لم يختلف العلماء في هذا إلا شيء روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يثبت عليه أحد زعم انها ترد الى زوجها ، وان طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الاول رواه أبو داود واحتج به أحمد قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال ليس له أصل ، وقيل كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين ولنا قول الله تعالى (لا من حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله سبحانه (ولا تأسكوا بهنم الكوافر) والاجماع المتعقد على تحريم تزوج للمسلمات على الكفار فأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن عبد البر لا يخلو من أن تكون قبل نزول نحرى المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملا استمرار حكمها حتى أسلم زوجها أو مريضه لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت اليه بنكاح جديد فقد روي ابن أبي شيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ ردها على أبي العاص بنكاح

ولا الإباحة للزوج الاول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة قيل فقد سماه النبي ﷺ محلا وسمى الزوج محلا له ولو لم يحصل الحل لم يكن محلا ولا محلا له قلنا سماه محلا لانه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال « ما آمن بالقرآن من استحل محارمه » وقال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) ولو كان محلا في الحقيقة والآخر محلا له لم يكونا مامونين (الثالث) نكاح المتعة وهو أن يزوجه الى مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهرا أو سنة أو الى انقضاء الموسم وقدم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهو باطل نص عليه أحمد فقال نكاح المتعة حرام وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لان ابن منصور سأل أحمد عنها فقال تجنبها أحب الي قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا ويقول المسئلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء ومن روي عنه تحريمها عمر وعلي وابن مسعود وابن الزبير قال ابن عبد البر وعلى تحريم المتعة مائة وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والاوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر وإليه ذهب الشيعة لانه قد ثبت أن النبي ﷺ أفذن فيها وروي أن عمر قال

جديد ، ورواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول : سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود إسناداً والعمل على حديث عمرو بن شعيب

(فصل) وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول فلها المهر كاملاً لانه استقر بالدخول فلم يسقط بشي . فان كان مسمي صحيحاً فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة يثبت لها أحكام الصحة وان كان محرماً ما وقد قبضته في حال الكفر فليس لها غيره لاننا لا نتعرض للماضي من أحكامهم ، وان لم تقبضه وهو حرام فلها مهر مثلها لان الحرة والخير لا يجوز أن يكون صداقاً لمدة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين ، فأما نفقة العدة فان كانت هي المسلمة قبله فلها نفقة عدتها لانه يتمكن من ابقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية ، وان كان هو المسلم قبلها فلا نفقة لها عليه لانه لا سبيل له الى استبقاء نكاحها وتلافي حالها فأشبهت البائن وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم ، فان قيل اذا لم تسلم تبين أن نكاحها انفسخ باختلاف الدين فكيف تجب النفقة للبائن ؟ قلنا لانه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها اذا أسلمت بل يجب عليه ذلك فكانت في معنى الرجعية ، فان قيل الرجعية جرت الى الذنوة بسبب منه ، وهذه السبب منها قلنا لا أنه كان فرضاً عليها مضيقاً بمكانه تلافيه بخلاف ما اذا أسلمت قبل الدخول فانه يسقط مهرها جميعاً لانه ما أمكنه تلافيه

(فصل في اختلاف الزوجين) لا يخلو اختلافهما من حالين (أحدهما) أن يكون قبل الدخول ففيه مسئلتان . (احدهما) أن يقول الزوج أسلمنا معاً فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم أحدنا قبل

متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ انا أمي عنها واعاقب عليها : متعة النساء ومتعة الحج ولا تعد على منفعة فجاز مؤقتاً كالاجارة

ولنا ما روى الربيع بن سبرة أنه قال اشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله ﷺ في حجة الوداع وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء رواه أبو داود وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ قال « يا أيها الناس اني كنت اذنت لكم في الاستمتاع الا وان الله قد حرمها الى يوم القيامة » وروى سبرة أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة فلم نخرج حتى نهانا عنها رواه مسلم وروى علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن لحوم الحمر الاحلية مثق عليه رواه مالك في الموطأ وأخرجه الأئمة النسائي وغيره . واختلف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحمر الاحلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميثاق النهي عنها وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكاه الامام أحمد عن قوم وذكره ابن عبد البر ، وقال الشافعي لا أعلم شيئاً أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه الا المتعة، فحمل الامر على ظاهره وأن النبي صلى الله عليه وسلم حرمها يوم خيبر ثم أحلها في

صاحبه فانفسخ النكاح فقال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها وكذلك إذ يتعذر اتفاق الاسلام منها دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه وذلك كان القول قول صاحب البعد ، وذكر أبو الخطاب فيها وجها آخر ان القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طاري عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالمنكر ، ولشأنني قولان كعذبن الوجهين

(المسئلة الثانية) أن يقول الزوج أسلمت قبلي فلا صدق لك وتقول هي أسلمت قبلي فلي نصف الصداق قال قول قولها لان المهر وجب بالعقد والزوج يدعي ما يسقطه والاصل بقاءه ولم يمارضه ظاهر فبقي فان اتفقا على أن أحدهما أسلم قبل صاحبه ولا يعلمان عينه فليأخذ نصف الصداق كذلك ذكره أبو الخطاب ، وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لأنها نشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لأنه يشك في استحقاق الرجوع ولا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لا يزال بالشك وكذلك إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث أو تيقن الحدث وشك في الطهارة بنى على اليقين ، وهذه قد كان صداقها واجبا لها وشكها في سقوطه فيبقى على الوجوب . وأما إن اختلفا بعد الدخول ففيه أيضا مسألتان (أحدهما) أن يقولوا أسلمنا معا أو أسلم الثاني منا في العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم إسلام الثاني

حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حررها ولأنه يتعلق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر النكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع فروى أبو بكر بإسناده عن سعيد بن جبير قال قال لابن عباس لقد أكره الناس في المتعة حتى قال فيها الشاعر:

أقول وقد طال التواء بنا ممأ يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس
هل لك في رخصة الاطراف آتسة تكون مثواك حتى مصدر الناس

فقام خطيباً فقال ان المتعة كاليتة والدم ولحم الخنزير وعن محمد بن كعب عن ابن عباس قال إنما كانت المتعة في أول الاسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس فيها معرفة فيزوج المرأة بقدر ما يدري أنه يقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى زلت هذه الآية (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) قال ابن عباس فكل فرج سواهما حرام رواه الترمذي فلما أذن النبي صلى الله عليه وسلم فيها فقد ثبت نسخها وما حديث عمر إن صح عنه فالظاهر أنه إنما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها إذ لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبقي على إباحته

(فصل) فان تزوجها من غير شرط الا أن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا انقضت حاجته فان النكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الأوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح أنه لا بأس به ولا يضر نيته وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته ان وافقته والا طلقها

(المسئلة الثانية) أن تقول أسلمت قبلك فلي نفقة العدة ويقول هو أسلمت قبلك فلا نفقة لك فاقول قولها لان الاصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها ، وان قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت بعد شهر فاقول قوله لان الاصل عدم إسلامها في الشهر الثاني ، فأما ان ادعى هو ما يفسخ النكاح وأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبهه ما لو ادعى انها أخته من الرضاع فكذبته

(فصل) وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا وبه قال مالك والاوزاعي والليث والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخل دار الاسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربى حرية ثم دخل دار الاسلام وعقد الفدية انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين ويقضي مذهبه أن أحد الزوجين القديمين اذا دخل دار الحرب ناقضا للعهد انفسخ نكاحه لان الدار اختلفت بهما فعلا وحكما فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول .

ولنا أن أبا سفيان أسلم بمراظهار وامرأة بمكة لم تسلم وهي دار حرب ، وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها أسلموا وأقروا على أن يكفهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولانه عقد معاوضة فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع ويفارق ما قبل الدخول فان تقاطع للنكاح اختلاف الدين اذ انهم من الاقرار على النكاح دون ما ذكره ، فعلى هذا لو تزوج مسلم بمسلم بدار الاسلام خريصة من أهل الكتاب صح نكاحه وعندهم لا يصح

﴿مسئلة﴾ (وكذلك ان شرط أن يطلقها في وقت بعينه)

فلا يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا مثل أن يشترط عليه طلاقها ان قدم أبوها أو أخوها ويتخرج أن يصح النكاح ويبطل الشرط وهو قول أبي حنيفة وأظهر قولي الشافعي قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وانما شرط على نفسه شرطا وذلك لا يؤثر فيه كالمو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها . ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبهه نكاح التعة ولانه شرط انتفاء النكاح في وقت بعينه أشبه نكاح التعة ويفارق ما قاسوا عليه فانه لم يشترط قطع النكاح

﴿مسئلة﴾ (وان علق ابتداءه على شرط كقوله زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو ان رضيت

أما فهذا كله باطل من أصله)

لانه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولانه وقف النكاح على شرط ولا يجوز وقفه على شرط وهو قول الشافعي وعن مالك نحوه ، وذكر أبو الخطاب فيما إذا شرط ان رضيت أمها رواية ان النكاح صحيح لانه يصح في الجهل بالمعوض فلم يبطل بالشرط الفاسد كالمعق ويبطل للشرط والاوّل أصح لما ذكرنا (النوع الثاني) ان شرط أنه لا مهر لها ولا نفقة أو يقسم لها أكثر من امرأته الاخرى أو اقل فالشرط باطل ويصح النكاح وكذلك ان شرط أنه إن اصدقها رجم عليها

ولنا عموم قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

﴿مسئلة﴾ قال (ولو نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلم ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها اختار أربعاً منهن وفارق ما سواهن سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن)

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كنيات لم يكن له إمساكن كهن بنهر خلاف فعله ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلك اختار أربعاً منهن وفارق سائرهن سواء تزوجن في عقد أو في عقود وسواء اختار الأوائل أو الأواخر . نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك والليث والاوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجن في عقد انفخ نكاح جميعهن ، وإن كان في عقود فنكاح الأوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون فيه مخيراً بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا

وأما ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت وتحتي ثمان نسوة فأثبت النبي ﷺ فقلت له ذلك

أو تشرط عليه أن لا يطأها أو يعزل عنها أو لا يكون عندها في الجمعة الا ليلة أو شرط لها التها دون الليل أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئاً فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها لأنها تنافي مقتضاه وتتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده فلم يصح كما لو اسقط الشفيع شفيعه قبل البيع ، فأما العقد في نفسه فهو صحيح لأن هذه الشروط تعود الى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به فلم يبطله كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض فجاز أن ينعقد مع الشرط الفاسد كالعتاق وقد نص أحمد فيمن زوج امرأة وشرط عليها أن يبيت عندها في كل جمعة ليلة ثم رجمت وقالت لا أرضى الا ليلة وليلة فقال : لها أن تنزل الا بطيب نفس منها فإن ذلك جائز وإن قالت لا أرضى الا بالمقاسمة كان ذلك حقاً لها تطالبه إن شاءت ، ونقل عنه الأثر في الرجل يزوج المرأة ويشترط عليها أن يأتيها في الايام يجوز الشرط وإن شاءت رجمت ، وقال في الرجل يزوج المرأة على أن تنفق عليه في كل شهر خمسة دراهم أو عشرة دراهم النكاح جائز ولها أن ترجع في هذا الشرط ونقل عن أحمد كلام في بعض هذه الشروط يحتمل ! بطل العقد فنقل عنه المروزي في التهاريات والقبليات ليس هذا من نكاح أهل الاسلام وعن كره تزيج التهاريات حماد بن أبي سليمان وابن شبرمة ، وقال الثوري الشرط باطل وقال أصحاب الرأي إذا سأله أن يعدل لها عدل ، وكان الحسن وعطاء لا يريان نكاح التهاريات بأساً وكان الحسن لا يرى بأساً أن يتزوجها ويجعل لها من الشهر أياماً معلومة . قال شيخنا وله كراهة من

فقال « اختر منهن أربعة » رواه أحمد وأبو داود . وروى محمد بن سويد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم وتحتته عشر نسوة فأسلمن معه فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعة . رواه الترمذي ورواه مالك في موطنه عن الزهري مرسلًا ، ورواه الشافعي في مسنده عن ابن عيسى عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري كذلك قال الحفاظ الامام أحمد والترمذي وغيرهما ، ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له امساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوج من غير شهود ، وأما إذا تزوجت بزوجة فنكاح الثاني باطل لانها ملكته ملك غيرها ، وإن جمعت بينهما لم يصح لانها لم تملكه جميعا بعضها ولأن ذلك ليس بشائم عند أحد من أهل الاديان ، ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه أن يختار أربعة فما دوز وبفارق سائرهن أو يفارق الجميع لان النبي ﷺ أمر غيلان وقبسا بالاختيار وأمره بقتضي الوجوب ، ولأن المسلم لا يجوز اقراره على نكاح أكثر من أربع فإن أبي أجبر بالحبس والتعزير الى أن يختار لان هذا حق عليه يمكنه ايفاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كايفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي إذا امتنع من الطلاق لان الحق ههنا لغير معين وإنما تتعين الزوجات باختياره وشهوته وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه بخلاف المولي فإن الحق لمعين يمكن الحاكم ايفاؤه والنيابة عن المستحق فيه فان جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على

كره ذلك راجعة إلى ابطال الشرط وإجازة من أجازته راجعة إلى أصل النكاح فتكون أقوالهم متفقة على صحة النكاح وابطال الشرط كما قلنا والله أعلم . وقال القاضي إنما كره أحمد هذا النكاح لانه يقع على السر وهو منهي عنه فان شرط عليه ترك الوطء احتل أن يفسد العقد لانه شرط ما ينافي المقصود من النكاح وهذا مذهب الشافعي ، وكذلك إن شرط عليه أن لا نسلم اليه فهو بمنزلة من اشترى شيئا على أن لا يقبضه ، وإن شرط عليها أن لا يوطئ لم يفسد لان الوطء حقه عليها ، وبمقتضى أن يفسد لان لها فيه حقا ولذلك تملك مطالبته به إذا آلى والفسخ إذا تعذر بالجلب والعنة

(الثالث) أن بشرط الخيار إن جاءها بالمهر في وقت وإلا فلا نكاح بينهما فالشرط باطل وفي صحة النكاح روايتان (أحدهما) النكاح صحيح والشرط باطل وبه قال أبو ثور فيما إذا بشرط الخيار وحكاه عن أبي حنيفة وزعم أن لا خلاف فيه ، وقال ابن المنذر قال أحمد وإسحاق إذا تزوجها على انه إن جاءها بالمهر في وقت كذا وإلا فلا نكاح بينهما الشرط باطل والعقد جائز وهو قول عطاء والثوري وأبي حنيفة والاوزاعي وروى ذلك عن الزهري ولأن النكاح عقد لازم لا يدخله خيار لما في ذلك من المفسدة والضرر على الحرائر لكونها ترد بعد ابتدائها بعقد النكاح والشناعة عليها بأنها ردت رغبة عنها لدنائتها والشرط الآخر تعليق النكاح على شرط فهو معنى الخيار ويصح النكاح لان النكاح يصح في المجهول فلم يفسد بالشرط الفاسد كالمعتق ، وروى ابن منصور عن أحمد في هذا ان الشرط

الاختيار وعليه نفقة الجميع إلى أن يختار لآلهم محبوسات عليه ولآلهم في حكم الزوجات آيتهم اختار جاز (فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فإنه لا حكم لقوله وليس لآلبيه الاختيار عنه لأن ذلك حق يتعلق بالشبهة فلا يقوم غيره مقامه فيه فإذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة إلى أن يختار

(فصل) فإن مات قبل أن يختار لم يقر وارثه مقامه لما ذكرنا في المأكم وعلى جميعهن العدة لأن الزوجات لم يتعين منهن فن كانت منهن حاملاً فعندها بوضعه ومن كانت آيسة أو صغيرة فعندها أربعة أشهر وعشر لأنها أطول العديتين في حقها، وإن كانت من ذوات القروء فعندها أطول الأجلين من ثلاثة قروء أو أربعة أشهر وعشر لتنفضي العدة يتيقن لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولهما لتنفضي العدة يتيقن كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها عليه خمس صلوات وهذا مذهب الشافعي، فأما الميراث فإن اصطالحن عليه فهو جائز كيفما اصطالحن لأن الحق لمن لا يخرج عنهن وإن أتين الصلح بقياس المذهب أن يقرع بينهما فتكون الأربع منهن بالقرعة وعند الشافعي يوقف الميراث حتى يصطالحن وأصل هذا يذكر في غير هذا الموضع إن شاء الله تعالى

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت نكاح هؤلاء أو اخترت هؤلاء أو أمسكتهم أو اخترت

والعقد جائز إن لنول النبي ﷺ المسلمون على شروطهم « وذكر القافعي في كتابه الروايتين والوجهين ، أما صحة العقد فلأن اللفظ الذي يقتضي الدوام قد وجد وإنما حصل الشرط في المهر فلم يؤثر في العقد ، وأما المهر فإنها لما لم تكن فسخ النكاح عند تعذر تسليم المهر جاز أن يشترط هذا المفعلي في العقد ولا يؤثر فيه ، والرواية الأخرى يبطل العقد في هذا كله لأن النكاح لا يكون إلا لازماً وهذا بوجوب جوازه ولأنه وقفه على شرط ولا يجوز وقفه على شرط كالبيع وهذا قول الشافعي ونحوه عن مالك وأبي عبيد

(فصل) فإن شرط الخيار في الصداق خاصة لم يفسد النكاح لأن النكاح منفرد عن ذكر الصداق لا يفسد النكاح بفساده فلأن لا يفسد بشرط الخيار أولى بخلاف البيع فإنه إذا فسد أحد العوضين فسد الآخر ، إذا ثبت هذا ففي الصداق ثلاثة أوجه (أحدها) يصح الصداق ويبطل شرط الخيار كما يفسد الشرط في النكاح ويصح النكاح (والثاني) يصح ويثبت الخيار فيه لأن عقد الصداق عقد منفرد يجري مجرى الإيمان ويثبت فيه الخيار كإبياعات (والثالث) يبطل الصداق لأنها لم ترض به فلم يلزمها كما لو لم توافقته على شيء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (فإن تزوجها على أنها مسلمة فيأنت كتابية لله الخيار) لأنه قص وضرر يتعدى إلى الولد فأشبه ما لو شرطها حرة فيأنت أمة

حسبهن أو ادساكنهن أو نكاحنهن أو أمسكت نكاحنهن أو ثبت نكاحنهن أو اثبتن، وإن قال لما زاد على الأربع فسخت نكاحنهن كان اختياراً للأربع، وإن طلق إحداهن كان اختياراً لها لأن الطلاق لا يكون إلا في زوجة وإن قال قد فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء، فإن لم ينو الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ لغيلان «اختر منهن أربعة» وفارق سائرهن، وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً فيه كما كان لفظ الطلاق صريحاً فيه وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها وهذا الموضع أخص بهذا اللفظ فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ وإن نوى به الطلاق كان اختياراً لهن دون غيرهن وذكر القاضي فيه عند الإطلاق وجهين

[أحدهما] أنه يكون اختياراً للمفارقات لأن لفظ الفراق صريح في الطلاق والأولى ما ذكرناه وإن وطئ، إحداهن كان اختياراً لها في قياس المذهب لأنه لا يجوز إلا في ذلك فبدل على الاختيار كوطء الجارية المبيعة بشرط الخيار ووطء الرجعية أيضاً اختيار لها، وإن آلى من واحدة منهن أو ظاهر منها لم يكن اختياراً لها لأنه يصح في غير زوجة في أحد الوجهين وفي الآخر يكون اختياراً لها لأن حكمه لا يثبت في غير زوجة وإن قدّمها لم يكن اختياراً لها لأنه يتم في غير زوجة

(فصل) وإذا اختار منهن أربعة وفارق البواقي فعدتهن من حين اختار لأنهن بن منه بالاختيار ويحتمل أن تكون عدتهن من حين أسلم لأنهن بن باسلامه وإنما يتبين ذلك باختياره فثبت حكمه من حين الاسلام كما إذا أسلم أحد الزوجين ولم يسلم الآخر حتى انقضت عدتها وفرنق فسخ لانها ثبتت

(مسئلة) (فان شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له) لانها زيادة، وقال أبو بكر له ذلك

لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات عليها والاول أولى

(فصل) فان شرطها أمة فبانت حرة وكان له نكاح الاماء فلا خيار له لأن ولده يسلم من الرق ويتمكن من الاستمتاع بها ليلاً ونهاراً، وكذا لو شرطها ذات نسب فبانت أشرف منه أو على صفة دينه فبانت خيراً من شرطه لانها زيادة

(فصل) وان شرطها بكرأ فبانت ثيباً فعن أحمد كلام يحتمل أمرين (أحدهما) لا خيار له لأن النكاح لا يرد فيه بهيب سوى العيوب الثمانية ولا يثبت فيه الخيار لا يرد بمخالفة الشرط (والثاني) له الخيار كما لو شرط الحرية، وكذلك لو شرطها حسناً فبانت شوهاً أو ذات نسب فبانت دونه أو ببضاه فبانت سوداء أو طويلة فبانت قصيرة خرج في ذلك كله وجهان ونحو هذا مذهب الشافعي وكذلك لو شرط نفى العيوب التي لا يفسخ بها النكاح كالعمى والخرس والصمم ونحوه فإن بخلاف ذلك ففيه وجهان. ومن أئزم لزوج من هذه صفتها اشوري والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي حكاه ابن المنذر، وروى الزهري أن رجلاً تزوج امرأة فلم يجد لها عذراء، وإن كانت الحبيضة خرقت عذرتها فأرسلت إليه عائشة أن الحبيضة تذهب بالعذرة، وعن الحسن والشعبي وإبراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء ليس عليه شيء. فلهذه أن الحبيضة تذهب بالعذرة والوثبة والتعيس والحمل الثقيل

باسلامه من غير لفظ منهن، وعدتهن كعدة المطلقات لأن عدة من انفسخ نكاحها كذلك وإن ماتت إحدى المختارات أو بانت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لأنه لم يطلقها قبل ذلك، وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام أربع لأن الأربع الزوجات لا بين منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعاً منهن وقع طلاقه بين وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين وإن طلق الجميع أقرع بينهما فإذا وقعت القرعة على أربع منهن كن المختارات ووقع طلاقه بين وانفسخ نكاح البواقي فإن كان الطلاق ثلاثاً فبني انقضت عدتهن فله أن ينكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه، ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج وأصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن في العدة أمر أن يختار أربعاً منهن فإذا اختارهن تبين أن طلاقه وقع بين لأنهن زوجات ويعتد من حين طلاقه وبأن البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بين طلاقه وله نكاح أربع منهن إذا انقضت عدة المطلقات لأن هؤلاء غير مطلقات، والفرق بين هذه وبين التي قبلها أن طلقهن قبل إسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فإذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ في التي قبلها يطلقن وله الاختيار والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقع في الجميع وليس بعضهم أولى من بعض فصرنا إلى القرعة لتساوي الحقوق (فصل) وإذا أسلم قبلهن ولنا بتعجيل الفرق باختلاف الدين فلا كلام، وإن قلنا يقف على

(فصل) إذا تزوج امرأة يظنها مسلمة فبانت كافرة فله الخيار وهذا قول الشافعي كما إذا شرط ذلك (مسئلة) (وإن تزوج أمة يظنها حرة أو على أنها حرة وولدت منه فالولد حر ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الاماء وإن كان ممن يجوز له نكاح الاماء فله الخيار فإن رضي المقام معها فما ولدت بعد ذلك فهو رقيق)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) أن النكاح لا يفسد بالفرور وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي في أحد قولي يفسد لأنه عقد على حرة ولم يوجد فأشبهه ما لو قال بعنك هذا الفرس فإذا هو حمار ولنا أن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات فلا يؤثر عدها في صحته كما لو قال زوجتك هذه الحسناء فإذا هي سوداء وكذا نقول في الأصل الذي ذكره أن العقد صحيح لأن المعقود عليه العين المشار اليها، وإن سلمنا فالفرق بينهما من وجهين (أحدهما) أن ثم الفاتت التي فان ذات الفرس غير ذات الحمار وهما مختلفان في الصفات [والثاني] أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات بدليل أنه يرد بفوات أي شيء كان فيه نفع منها والنكاح بخلافه

(الفصل الثاني) أن أولاده منها أحرار بغير خلاف لعدم لأنه اعتقد حريتها فكان ولده أحراراً كاعتقاده ما يقتضي حرية من كما لو اشترى جارية يظنها ملكاً لبائعها فبانت مفضوبة بعد أن أولدها (الفصل الثالث) أن على الزوج فداء أولاده كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وهو قول

انقضاء العدة ولم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبينا أمن بن منذ اختلف الدينان فان كان قد طلقت قبل انقضاء عدتهن تبينا أن طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن، وإن كان وطئن تبينا أنه وطئ غير نسائه وإن لاعنهن أو ظاهر أو قذف تبينا أن ذلك كان في غير زوجته وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بهن في العدة تبينا أنها زوجته فوقع الطلاق بها وكان وطؤه لها وطئا المطلقة وإن كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لامرأته وكذلك إن كان وطؤه لها قبل طلاقها، وإن طلق الجميع فأسلم أربع نسوة منهن أو أقل في عدتهن ولم تسلم البواقي تعينت لزوجة في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا أسلم البواقي فله أن يتزوج بهن لأنه لم يقع طلاقه بهن

(فصل) وإذا أسلم وتحتة ثمان نسوة فألم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف إلى أن يسلم البواقي فان مات اللاتي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات وله اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء، لأن الاختيار ليس بمقد وأما هو نصحيح للعقد الأول نهين والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء، وإن أسلمت واحدة منهن فقل اخترتها جاز فاذا اختار أربعا على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وإن قال لا مسلمة اخترت فدخ نكاحها لم يصح لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع والاختيار للأربع وهذه من جملة الأربع إلا أن يريد بالفسخ الطلاق فيقع لأنه كناية ويكون طلاقها اختيارا لها، وإن قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لأنه ليس

مالك والثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى ليس عليه فداؤم لأن الولد ينفق حر الأصل فلم يضمه لسيده لأنه لم يملكه وعنه أنه يقال له افتدا، أولاده وإلا فهم يتبعون الأم، فظاهر هذا أنه خير بين فداؤهم وبين تركهم رقيقا لأنهم رقيق بحكم الأصل فلم يلزمه فداؤم كما لو وطئها وهو يعلم رقتها، قل الخلال اتفق عن أبي عبد الله أنه يفتدي ولده وقاله إسحاق عنه في موضع أن الولد له وليس عليه أن يذبحهم، وأحسبه قولاً لأبي عبد الله والصحيح أن عليه فداؤهم لفناء الصحابة به ولأنه نساء الأمة المملوكة فبيده أن يكون مملوكا لما لها وقد نوت رقة باعتقاد الجارية فلزمها ضمانهم كما لو فوت رقةم بفعله وفي فداؤهم ثلاث مسائل (الأولى) في وقته وذلك حين وضع الولد قضى بذلك عمر وهلي وابن عباس وهو قول الشافعي، وقال أبو بكر والثوري وأصحاب الرأي يضمهم بقيمتهم يوم الخصومة لأنه إنما يضمهم بالمئمة ولم يمنعهم إلا حال الخصومة

ولنا أنه محكوم بحريته عند الوضع فوجب أن يضمه حينئذ لأنه فات رقة من حينئذ ولأن القيمة التي تزيد بعد الوضع لم تكن مملوكة لمالك إلا أنه لم يضمها كما بعد الخصومة فان قيل فقد كان محكوما بحريته وهو جنين قلنا أنه لم يكن تضمينه حينئذ لعدم قيمته والاطلاع علي فأوجبنا ضمانه في أول حال أمكن تضمينه وهو حال الوضع

بوقت للاختيار لأنها جارية الى بينونة فلا يصح إمساكها وان فسخ نكاحها لم يفسخ لانه لما لم يحجز الاختيار لم يحجز الفسخ وإن نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو موقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع أو أسلم زيادة فاختارها تبينا وقوع الطلاق بها والا فلا

(فصل) وان قال كلما أسلمت واحدة اخترتها لم تصح لان الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معنى وان قال كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لان الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع ، وان أراد به الطلاق فهو كما لو قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار لها فكما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتعلق بطلاقه والثاني لا يصح لان الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) واذا أسلم ثم أحرم بجم أو عمرة ثم أسلمن فيه الاختيار لان الاختيار استدانة النكاح وتعيين المنكحة فليس ابتداء له ، وقال اقمافي ليس له الاختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ولنا أنه استدانة نكاح لا يشترط له رضا المرأة ، ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الاحرام كالرجعة

(فصل) واذا أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعاً فيكون له ميراثهن ولا يرث

(المسئلة الثانية) في صفة الفداء وفيها ثلاث روايات (إحداهن) بقيمتهم وهو أكثر الفقهاء لقول النبي ﷺ « من أعتق شقة صام من عبد قوم عليه نصيب شريكه » ولان الحيوان من المتقومات لا من ذوات الامثال فيجب ضمانه بقيمته كما لو أتلف (والثانية) بضمتهم بمثلهم عبيداً الذكر بذكر والانثى بأنثى لما روى سعيد بن المسيب قال : بنت جارية لرجل من العرب وانتدت الى بعض العرب فتزوجها رجل من بني عذرة ثم ان سيدها دب واستاقها واستاق ولدها فاخذهموا الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ففضى لعذري بفداء ولده يعني غرة مكان كل غلام بغلام ومكان كل جارية بجارية وكان عمر يقول غرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين ديناراً ولان ولد المفرد حر فلا يضمن بقيمته كسائر الاحرار فعلى هذه الرواية ينبغي ان ينظر الى مثاهم في الصفات تقريبا لان الحيوان ليس من ذوات الامثال ويحتمل ان يجب مثاهم في القيمة وهو قول أبي بكر (والثالثة) هو خير بين فدائهم بمثاهم أو قيمتهم قال أحمد في رواية الميموني اما القيمة أو رأس برأس لانها جميعاً يرويان عن عمر ولكن لأدري أي الاسنادين أقوى ؟ وهذا اختيار أبي بكر قال في المتق الفدية غرة بقدر القيمة أو القيمة وايها اعطى أجزاء ووجه ذلك انه تردد بين الجنين الذي يضمن بغرة وبين الحائض بغرة من المضمونات فاقضى التخيير بينهما والصحيح أنه يضمن بالقيمة كسائر المضمونات المتقومات وقول عمر قد اختلف عنه فيه قال أحمد في رواية أبي طالب وعليه قيمتهم مثل قول عمر فاذا تعارضت الروايات عنه وجب الرجوع الى القياس

الباقيات لانهن ليس زوجات له ، وان مات بعضهن فله الاختيار من الاحياء وله الاختيار من الميتات وكذلك لو أسلم بعضهن فتن ثم أسلم البواقي فله الاختيار من الجميع ، فان اختار الميتات فله ميراثهن لانهن متن وهن نساء ، وان اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لانهن أجنبيات وان لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن ، وان وطئ الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعا منهن فليس لهن الا المسمى لانهن زوجات ولست لهن المسمى بالعقد الاول ومهر المثل لاوطاء الثاني لانهن أجنبيات وان وطئن بعد اسلامهن فالموطوءات اولاهن المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرناه

مسئلة قال (ولو أسلم ونحته أختان اختار منهما واحدة)

هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي واسحاق وابي عبيد ، وقال ابو حنيفة في هذه كفولة في عشرة نسوة .

ولنا ما روى الضحاك بن فروز عن أبيه قال : قالت يارمول الله اني أسلمت ونحتي أختان قال « طلق أيهما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ، ولان أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجمع في الاسلام وقد أزاله فصح كما لو طلق احدهما قبل اسلامه ثم أسلم والاخرى في حباله وهكذا الحكم في المرأتين أو خاتمتها لان المعنى في الجميع واحد

(المسئلة الثالثة) فيمن بضمن منهم ومن ولد حيا في وقت يعيش مثله سواء عاش أو مات بعد ذلك وقال مالك والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي لاضمان على الاب لمن مات منهم قبل الخصومة وهذا يثبت على وقت وقد ذكرناه فأما السقط ومن ولد لوقت لا يعيش مثله وهو دون ستة اشهر فلا ضمان له لانه لا قيمة له

(فصل) في المهر ولا يخلوان يكون من يجوز له نكاح الاماء أولا فان كان من يجوز له ذلك وقد نكحها نكاحا صحيحا فلها المسمى فان لم يدخل بها واختار الفسخ فلا مهر لها لان الفسخ لعذر من جهتها فهي كالمعية يفسخ نكاحها وان كان من لا يجوز لهم نكاح الاماء فالعقد فاسد من أصله ولا مهر فيه ان كان قبل الدخول فان دخل بها فعليه مهرها وهل يجب المسمى أو مهر المثل ؟ على روايتين يذكر ان في الواجب في النكاح الفاسد ان شاء الله تعالى وكذلك ان كان من يجوز له نكاح الاماء لكن تزوجها بغير اذن سيدها أو نحو ذلك مما يفسد به النكاح

(الفصل الرابع) انه يرجع بما غرمه على من غره من المهر وقيمة الاولاد وهو اختيار الحنفي ورواية عن أحمد قال ابن المنذر كذلك قضى عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشافعي في القديم وفيه رواية أخرى لا يرجع بالمهر اختاره أبو بكر قال وهو قول علي وبه قال الثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في الجديد لانه وجب عليه في مقابلة نعم وصل اليه وهو الوطاء فلم يرجع به كالأشترى

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركة أختها ثم أسلمت في عدة الاولى فله أن يختار بينهما لانه أسلم ونحوته أختان مسلمتان وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعا سواها فان فعل لم يصح النكاح الثاني واذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لانها انفردت به (فصل) وإن تزوج أختين ودخل بهما ثم أسلم وأسلمت معه فاختار احدهما لم يبطأها حتى تنقضي عدة أختها لئلا يكون واطنا لأحد الاختين في عدة الاخرى ، وكذلك اذا أسلم ونحوته أكثر من أربع قد دخل بهن فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار أربعا منهن وفارق أربعا لم يبطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون واطنا لأكثر من أربع ، فان كن خمسا ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يبطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، فان كن ستا ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات ، فان كن سبعا ففارق ثلاثا فله وطء واحدة من المختارات ولا يبطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب .

(فصل) واذا تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمت معه قبل الدخول فاختار احدهما فلا مهر للاخرى لاننا تبينا أن الفرية وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهرآ كما لو فسخ النكاح لعيب في احدهما ولانه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المجوسي أخته

منصوبا فأكله بخلاف قيمة الولد فانه لم يحصل في مقابلته عوض لأنها وجبت بحرية الولد وحرية الولد له لا لآبيه وقال القاضي الاظهر انه لم يرجع بالمهر لان أحد قال كنت اذهب الى حديث علي ثم اني هبته وكأني اميل الى حديث عمر يعني في الرجوع ولان العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد فكما يرجع عليه بقيمة الولد كذلك يرجع بالمهر قال وعلى هذا الاصل يرجع باجرة الخدمة اذا غرمها قال شيخنا ولا أعرف عن أصحابنا بينهما فرقا اذا ثبت هذا وكان الفرور من السيد عتقت وان كان بلفظ غير هذا لم تثبت به الحرية فلا شيء له لانه لا فائدة في ان يجب له ما يرجع به عليه وان كان الفرور من وكيله رجع عليه في الحال وكذلك ان كان من اجنبي وان كان منها فليس لها في الحال مال فيخرج فيها وجهان بناء على دين العبد بغير اذن سيده هل يتعلق بريقته او بذمته يتبع به بعد العتق؟ قال القاضي قياس قول الحرقي انه يتعلق بذمتها لانه قال في الامة اذا خالعت زوجها باذن سيدها يتبعها به اذا عتقت كذا ههنا ويتبعها بجميعه وظاهر كلام احمد ان الفرور اذا كان من الامة لم يرجع على أحد فانه قال اذا جاءت الامة فقالت اني حرة فقلت امرها رجلا فزوجها على انها حرة قال فداء علي من غره يروى هذا عن علي وابراهيم وحامد وكذلك قال الشعبي وان قلنا يتعلق بها فالسيد بخير بين فداها بقيمتها ان كانت اقل مما يرجع به عليها أو تسليمها فان اختار فداها بقيمتها سقط قدر ذلك عن الزوج فانه لا فائدة في ان يوجب عليه ثم يرده اليه وان اختار تسليمها سلمها وأخذ ما وجب

ثم أسلما قبل الدخول وهكذا الحكم فيما زاد على الأربع إذا أسلما جميعا قبل الدخول فاختار أربعا وانفسخ
نكاح البواقي فلا مهر لهن لما ذكرنا والله أعلم

(مسألة) قال (وان كانتا أما وبنتا فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول ففسد نكاح الام
وان كان دخل بالام ففسد نكاحهما)

الكلام في هذه المسئلة في فصلين (أحدهما) إذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فانه يفسد
نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المازني ، وقال في الآخر يختار أيهما
شاء لان عقد الشريك إنما يثبت له حكم الصحة إذا انضم اليه الاختيار ، فإذا اختار الام فكأنه
لم يعقد على البنت .

ولنا قول الله تعالى (وأمهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ، ولانها أم زوجته
فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركة ، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها
إذا أسلم فإذا لم يطبقها وتمسك بنكاحها أولى ، وقولهم إنما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح
فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من
غير اختيار ولهذا فرض اليه الاختيار ههنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وإنما اختصت
الام بفساد نكاحها لانها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأيد فلم يمكن اختيارها والبنت لا تحرم
قبل الدخول بأما فتعين النكاح فيها بخلاف الاختين

له وقال القاضي ان الضرر الموجب للرجوع ان يكون اشتراط الحرية مقارنا للعقد فيقول زوجته على
أنها حرة وان لم يكن كذلك لم يملك الفسخ وهذا مذهب الشافعي والصحيح خلاف هذا فان الصحابة
الذين قضوا بالرجوع لم يفرقوا بين أنواع الضرر ولم يستفصلوا الظاهر ان العقد لم يقع هكذا ولم
تجربه العادة في العقود ولا يجوز قضاؤهم المطلق على صورة نادرة لم تنقل ولان الضرر قد يكون من
المرأة ولا لفظ لها في العقد ولانه متى أخبره بحريتها أو أوعمه ذلك بقرائن تغلب على ظنه حرمتها
فتكسحها على ذلك ورغب فيها واصدتها صداق الحرائر ثم لزمه النرم فقد استضر بناء على قول الخبر
له والغار فتجب ازالة الضرر عنه بإثبات الرجوع على من غره واضربه فعلى هذا ان كان الضرر من اثنتين
أو أكثر فالرجوع على جميعهم وان كان الضرر منها ومن الوكيل فعلى كل واحد منهما نصفه

(الفصل الخامس) انه ان كان الزوج ممن يحرم عليه نكاح الاماء فانه يفرق بينها لاننا بينا
ان النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه وهكذا ان كان زوجها بغير اذن سيدها أو اختل شرط من
شروط النكاح فهو فاسد يفرق بينها والحكم في الرجوع على ما ذكرنا وان كان ممن يجوز له نكاح
الاماء وكانت للإشرائط مجتمعة فالعقد صحيح وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح وهذا

(الفصل الثاني) إذا دخل بها حرمتا على التأييد الام لأنها أم زوجته والبنت لأنها ربيته من زوجته التي دخل بها ، قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم وهذا قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشامي ومن تبعهم ، وإن دخل بالام وحدها فكذلك إن البنت تكون ربيته مدخولا بأما والام حرمت بمجرد العقد على ابنتها وإن دخل بالبنت وحدها ثبت نكاحها وفسد نكح أمها كما لو لم يدخل بها ، ولو لم نسل معه إلا إحداها كان الحكم كما لو أسلمتا معه معا فإن كانت المسلمة هي الام فهي محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأما ثبت نكاحها وإن كان دخل بأما فهي محرمة على التأييد ، ولو أسلم وله جاريتان إحداها أم الاخرى وقد وطئها جميعا حرمتا عليه على التأييد وإن كان قد وطئ احداها حرمت الاخرى على التأييد ولم تحرم الموطوءة وإن كان لم يطأ واحدة فله وطأ أيتها شاء ، فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأييد والله أعلم

﴿ مسألة ﴾ قال (ولو أسلم عبد وتحت زوجته زوجتان قد دخل بهما فأسلمتا في العدة فهما زوجتاه ولو كن أكثر اختار منهن اثنتين)

وجلة ذلك إن حكم العبد فيما زاد على اثنتين حكم الحر فيما زاد على أربع فاذا أسلم وتحت زوجته فأسلمتا معه أو في عدتهما لزم نكاحهما حرتين كانتا أو أمين أو حرة وأما لأنه له الجهم بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره ، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين أبتهن شاء ، على ما مضى في الحر

معنى قول الخرقى وظاهر مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة لا خيار له لأن الكفاءة غير متبرة في جانب المرأة ولأنه يملك الطلاق فيستغنى به عن الفسخ

ولنا أنه عقد غرضه أحد الزوجين بحرية الآخر فيثبت له الخيار كالأخر ولأن الفكاهة وإن لم تعتبر فإن عليه ضرراً في استرقاق ولده ورق امرأته وذلك أعظم من فقد الكفاءة فأما الطلاق فلا يندفع به الضرر فإنه يسقط نكاح المسمى والفسخ يسقطه جميعه فاذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها وإن رضي بالمقام معها فله ذلك لأنه يحل له نكاح الاماء وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها لأن المانع من زهم في الفرور اعتقاد الزوج حريتها وقد زال ذلك بالعلم ولو وطئها قبل العلم فعاقبت منه ثم علم قبل الوضع فهو حر لأنه وطئها معتقدا حريتها

(فصل) والحكم في المدبرة وام الولد والمعتق نصفها كالامة القن لأنها ناقصة بالرق الا ان ولد ام الولد يقوم كانه عبده حكم امه وكذلك من اعتق بعضها الا انه اذا قدى الولد لم يلزمه الا فداء ما فيه من الرق لان بقيته حر بحرية امه لا باعتقاد الواطيء فان كانت مكاتبه فكذلك الا ان مهرها لها لانه من كسبها وكسبها لها وتجب قيمة ولدها على الرواية المشهورة قال أبو بكر ويكون ذلك تستعين

فلو كان تحت حرتان وأمتان فه أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة وأمة وليس للحررة إذا أسلمت معه الخيار في فراقه لأنها رضية بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حررتها بذلك فلم يكن لها خيار كما لو تزوجت معييا تعلم عييه ثم أسلم . وذكر القاضي وجها أن لها الخيار لأن الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكانه عيب حادث والاول أصح فإن الرق لم يزل عيبا وتمصا عند العقلاء ولم يتجدد قصه بالاسلام فهو كسائر العيوب

(فصل) وان أسلم ونحوه أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم أعتق ثم أسلم لزمه نكاح الأربع لأنه ممن يجوز له الأربع في وقت اجتماع اسلامهم فإنه حر، فأما ان أسلموا كلهم ثم أعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لأنه كان عبدا حين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كن أسلم ونحوه اما فأسلمن معه ثم أبسر ولو أسلم ومعه اثنان ثم أعتق ثم أسلم الباقيات لم يجوز الا اثنتين لأنه ثبت له الخيار بالاسلام الاولين

(فصل) وان تزوج أربعاً فأسلمن وأعتقن قبل اسلامه فلنفسخ النكاح لأنهن عتقن تحت عبد وانما ملكن الفسخ وان كن جاريات الى بينونة لأنه قد يسلم فيقطع جريانهن الى بينونة فإذا فسخن ولم يسلم الزوج بن بختلاف الدين من حين أسلمن وان أسلم في الغدة بن لفسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لأنهن ههنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلها عتقن في أثناء العدة به في كتابتها فان كان الغرور منها فلا شيء لها اذ لا فائدة في إيجاب لها يرجع به عليها وان كان الغرور من غيرها غرمه لها ورجع به على من غره

(فصل) ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى ويثبت بالبينة فان أقرت أنها أمة فقال أحمد في رواية أبي الحارث لا يستحقها باقرارها لان اقرارها يزيل النكاح عنها ويثبت حقاً على غيرها فلم يقبل كاقرارها بما على غيرها وقال في رواية حنبل لا شيء حتى تثبت له أو تقر هي أنها أمة فظاهر هذا انه يقبل اقرارها لأنها مقررة على نفسها بالرق أشبه غير المزوجة والاول أولى ولا نسلم انه يقبل من غير ذات الزوج اقرارها بالرق بعد اقرارها بالحرية لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى

(فصل) فان حملت المغرور بها فضررها ضارب قالفت جنيثاً ميتاً فعلى الضارب غرة لأنه محكوم بحرثته ويرثها ورثته فان كان الضارب أباه لم يرثه ولا يجب بذل هذا الولد للسيد لأنه إنما يستحق بذل حي وهذا ميت ويحتمل ان يجب له عشر قيمة أمة لأن الواطيء قوت ذلك عليه باعتقاد الحرية ولولاه لوجب ذلك له

(فصل) ويثبت له الخيار اذا ظنها حرة فبانت أمة كما اذا شرط ذلك وقال الشافعي لا خيار له ووافقاه فيما اذا ظن أنها مسلمة فبانت كافرة أنه يثبت له الخيار وقال بعضهم فيها جميعاً قولان ولنا أن نقص الرق اعظم ضرراً فإنه يؤثر في رقه ولده ومنع كمال استمتاعه فكان له الخيار كما لو كانت كافرة

التي يمكن الزوج تلافئ النكاح فيها وأشبهن الرجعية فإن أخرون الفسخ حتى أسلم الزوج لم يسقط بذلك حقهن من الفسخ لأن تركهن لفسخ اعتماد على جريانهن لبيئونة فلم يتضمن الرضى بالنكاح كالرجعية اذا عتقت وأخرت الفسخ ولو أسلم قبلهن ثم أعتنق فاخترن الفسخ صح لأنهن اماء عتقن تحت عبد ؛ وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم لا خيار لمن لانه لا حاجة بهن الى الفسخ لكونه يحصل باقائتهن على الشرك بخلاف التي قبلها وليس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لمن الاسلام وهو واجب عليهن ، فان قيل فاذا أسلمن اخترن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيها اذا أسلمن وعتقن قبله

فاما ان اخترن المنام وقلن قد رضينا بالزوج نذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لأنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الاقامة كحالة اجتماعهم على الاسلام ، وقال أصحاب الشافعي لا يسقط خيارهن لان اختيارهن الاقامة ضد للحالة التي هن عليها وهي جريانهن إلى البيئونة فلم يصح كما لو اردت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها وهذا يبطل بما إذا قال إذا جاء رأس الشئ فأنت طالق ثم عتقت فاختارت زوجها

(فصل) وإذا أسلم الحر وتحنه اماء فأعتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه مالك لعصمة حرة حين اجتماعها على الاسلام ؛ وان أسلمت إحداهن معه ثم اعتقت

﴿ مسألة ﴾ (وإن كان المفرور عبدا فولده أحرار ويفديهم إذا أعتق ويرجع به على من غره) وذلك أن حكم العبد المفرور حكم الحر في حرية أولاده ، وقال أبو حنيفة ولده رقيق لان أبويه وقيق ولا يصح ذلك لانه وطئها معتقداً حرثها فأشبهه الحر فان هذا هو العلة المقتضية للحرية في محل الوفاق ولولا ذلك لكان رقيقاً قال علة رقي الولد رقي الام خاصة ولا عبرة بالاب بدليل ولد الحر من الامة ، وولد الحرة من العبد ، وعلى العبد فداؤهم لانه فوت رقبته باعتقاده وفعله ولا مال له في الحال فيخرج في ذلك وجهان (أحدهما) يتعلق برقبته كجنايته (والثاني) بذمته يتبع به بعد العتق وهو قول الحر في فيكون بمنزلة الخلع من الامة إذا بذلته بغير اذن سيدها وتنفارق الاستدانة والجناية لانه اذا استدان ألتف مال الغريم فكان جناية منه وههنا لم يحن في الاولاد جناية وانما عتقوا من طريق الحكم وما حصل لهم منهم عوض فيكون ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ويرجع به حين يغرره فانه لا ينبغي ان يجب له بذل مالم يثبت عليه وأما الحرية فتجعل في الحال وان قلنا ان الفداء يتعلق برقبته وجب في الحال ويرجع به سيده في الحال ويثبت للعبد الخيار كنبوته للحر الذي يجعل له نكاح الاماء لان عليه ضرراً في رقي ولده ونقصاً في استمتاعه فانها لا تكون عنده ليلاً ونهاراً ولم ترض به ويحتمل ان لا يثبت له خيار لانه نقص صفة لا ينقص بها عن رتبته فاشبهه مالو شرط نسب امرأة فبانت بخلافه لانها مساوية لتسبه بخلاف تقرير الحر وقال بعض الشافعية لا خيار له وقال بعضهم

ثم أسلم البرقي فله أن يختار من الاماء لان العبرة بحال الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام ، وحالة اجتماعها على الاسلام كانت أمة

(فصل) ولو أسلم نichte أربع اماء وهو عادم الطول خائف لعنت فأسلمن معه فله أن يختار منهن واحدة فان كانت لاتعفه فله أن يختار منهن من تعفه في احدى الروايتين ، والاخرى لا يختار إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي وتوجيهها قدمضي في ابتداء نكاح الاماء ، وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولا يمكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال ابو ثور له أن يختار منهن لانه استدامة للعقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط له شروط العقد فأشبه الرجعة

ولنا أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام لم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وكذوات محارمه ، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح إلى اليبوسة وهذا اثبات النكاح في امرأة وان كان دخل بهن ثم أسلمن في عدتهن فالحكم كذلك ، وقال ابو بكر لا يجوز له ههنا اختيار بل بين بمجرد اسلامه انلا يفضي الى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة بمنزلة اسلامهن معه ولذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات فأسلمن في عدتهن كان ذلك كالاسلامن معه وان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن انفسخ نكاحهن سواء كن كنيات أو غير كنيات لانه لا يجوز له استدامة النكاح في أمة كناية

فيه قولان والاولى ما ذكرناه واذا اختار الاقامة فالمرء واجب لا يرجع به على أحد وان اختار الفسخ قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده والنكاح باذن سيده فالمرء واجب عليه وفي الرجوع اختلاف ذكرناه فيما مضى وان كان بغير إذنه فالنكاح فاسد فان دخل بها ففي قدر ما يجب به وجهان (أحدهما) مهر المثل (والثاني) الحسمان وهل يرجع به ؟ على وجهين

﴿مسئلة﴾ (وان تزوجت المرأة عبدا على أنه حر أو ظنته حراً فان عبداً فلها الخيار)

اما النكاح فهو صحيح وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لان اختلاف الصفة لا يمنع صحة العقد كما لو تزوج أمة على أنها حرة وهذا إذا كانت شروط النكاح وكان باذن سيده وان كانت المرأة حرة وقلنا الحرية ليست من شروط الكفاءة وان فقد الكفاءة لا يبطل النكاح فهو صحيح ولان للمرأة الخيار بين الفسخ والامضاء فان اختارت فلا ولياها الاعتراض عليها لعدم الكفاءة وان كانت أمة فينبغي ان يكون لها الخيار أيضا لانه لما ثبت الخيار للعبد اذا غر من أمة ثبت للامة إذا غرت بعبد وكل موضع حكمتا بفساد العقد به ففرق بينهما قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعده فلها مهر المثل أو المسمى على ما قدمنا من الاختلاف ، وكل موضع فسخ انكاح مع القول بصحته قبل الدخول فلا شيء لها وان كان بعده فلها المسمى لانه فسخ طراً على نكاح فأشبه الطلاق .

(فصل) ولو أسلم وهو واحد للطول فلم يسلمن حتى أعسر ثم أسلمن فله أن يختار منهن لأن شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار وهو وقت اجتماعهم على الاسلام وهو حينئذ عادم للطول خائف لغت فكان له الاختيار ، وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أبسر لم يكن له الاختيار لذلك وان أسلمت واحدة منهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد اعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئاً لأن وقت الاختيار دخل باسلام الاولى الا ترى انه لو كان معسراً كان له اختيارها فاذا كان موسراً بطل اختياره وان أسلمت الاولى وهو معسر فلم تسلم البواقي حتى أبسر لزم نكاح الاولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لأن الاولى اجتمعت معه في حالة يجوز له ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختار حتى أبسر كان له أن يختار لأن حال ثبوت الاختيار كان له ذلك فبغير حاله لا يسقط ما ثبت له كالأول تزوج او اختار ثم أبسر لم يحرم عليه استدامة النكاح

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لأن له أن يختارها لو أسلمن كاهن فكذلك إذا أسلمت وحدها ، وان أحب انتظار البواقي جاز لأن له غرضاً صحيحاً وهو أن يكون منهن من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازماً وبأن البواقي منذاختاف لدينار ، وان أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح اباقيات من حين الاختيار ، وعددهن من حين الاختيار وان أسلم

(فصل) فان غرها بنسب فبان بدونه وكان ذلك محلاً بالكفاءة وقتلنا بصحة النكاح فلها الخيار فان اختارت الامضاء فلا ولياؤها الاعتراض عليها وان لم تخل بالكفاءة فلا خيار لها لأن ذلك ليس بمعتبر في النكاح فأشبه ما لو شرطته فقيها فبان بخلافه وكذلك ان اشترطت غير النسب فان كان مما يستبر في الكفاءة فهو كما لو تبين أنه غير بمكافيء لها في النسب وان لم يعتبر في الكفاءة كالفقه والجمال واشباه ذلك فلا خيار لها لأن ذلك مما لا يؤثر في النكاح فلا يؤثر اشتراطه وذلك انه اذا بان نسبه دون مذكره وجه في ثبوت الخيار لها وان لم تخل بالكفاءة والاولى ما ذكرناه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان عتقت الامة وزوجها حر فلا خيار لها في ظاهر المذهب) هذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابه وابن أبي ليلى ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق ، وقال طاووس وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحماد ابن ابي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لا روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير برة وكان زوجها حراً رواء النساء ولانها كملت بالخربة فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً وروى عن أحمد ذلك .

ولنا أنها كافأت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتابية تحت المسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج برة كان عبداً وهما أخص بها

بعضهن دون بعض بان اللائي لم يسلن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختاره وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقضت عصمة البواقي وثبت نكاحها فان اسلم البواقي في العدة تبين انهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ وان لم يسلن بن باختلف الدين وعدتهن منه وان طلق التي أسلمت معه طانقت وكن اختياراً لها وحكم ذلك حكم ما لو اختارها صريحاً لان إيقاع طلاقه عليها يتضمن اختيارها فاما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلن معه فزاد العدد على ماله اما في هذه الحال ولا يفسخ النكاح ثم ننظر فان لم يسلن البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن فاختار منهن واحدة انفسخ نكاح البواقي والأولى معهن وان اختار الأولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها لان فسخه لنكاحها لم يصح وفيه وجه آخر ذكره القاضي أنه لا يصح اختياره لها لان فسخه إنما لم يصح مع إقامة البواقي على الكفر حتى تنقضي العدة لاننا نتبين أن نكاحها كان لازماً فاذا أسلمن لحق اسلامهن بتلك الحال وصار كآهن أسلمن في ذلك الوقت فاذا فسخ نكاح احداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها وعذا يبطل بما لو فسخ نكاح احداهن قبل اسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل إسلامهن الموجود في الثاني كالوجود سابقاً كذلك ههنا

(فصل) فان أسلم وتحتة اماء وحره ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كلن فإنه يلزم نكاح الحره وينسخ نكاح الاماء لانه قادر على الحره فلا يختار أمة وقال أبو ثور له أن يختار وقد مضى الكلام به (الثانية) أسلمت الحره معه دون الاماء فقد ثبت نكاحها وانقضت عصمة الاماء

من الاسود لانهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الاسود عن ابراهيم عن عروة عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فتعارضت روايتاه ، وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحمد هذا ابن عباس وعائشة قالان في زوج بريرة انه عبد برواية علماء المدينة وعلمهم وإذا روى اهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء وأما يصح حر أعن الاسود وحده فأما غيره فليس بذلك قال والمقد صحيح فلا يفسخ بالمتخلف فيه والحر فيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ، ويخالف الحر العبد لان العبد نافس فاذا كملت تحتة تضررت ببقائها عنده بخلاف الحر

(مسئلة) (وان كان عبداً فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع اهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه حديث بريرة قالت عائشة كانت بريرة نغيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حرأ ما خيرها رواه مالك وابو داود والنسائي ، ولان عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فذا كان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فإن اختارت الفسخ فلها فراقه وان رضيت المقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لانها اسقطت حقها وهذا مما لا خلاف فيه بحمد الله

فان لم يسلمن حتى انقضت عدتهن بن باخلاف الدين وابتداء عدتهن من حين أسلم وان أسلمن في عددهن ابن من حين اسلام الحره وعددهن من حين اسلامها فان ماتت الحره بعد اسلامها لم يتغير الحكم بموتها لان موتها بعد ثبوت نكاحها وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في إباحتهن (الثالثة) أسلم الاماء دون الحره وهو معسر فلا يخلو إما أن تنقضي عدتها قبل اسلامها فتبين باخلاف الدين وله أن يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحره أو يسلم في عدتها فثبت نكاحها ويبطل نكاح الاماء كالمسلمين دفعه واحدة وليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وقضاء عدتها لاننا نعلم أنها لا تسلم فان طلق الحره ثلاثاً قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق لاننا تبينا أن النكاح انفسخ باخلاف الدين وله الاختيار من الاماء وان أسلمت في عدتها بان أن نكاحها كان ثابتاً وان الطلاق وقع فيه والامام ابن بنبوت نكاحها قبل الطلاق .

(فصل) وان أسلم وتحتة إماء وحره فأسلمن ثم عتقن قبل اسلامها لم يكن له أن يختار منهن لان نكاح الامة لا يجوز لفاد على حره وانما يعتبر حاله حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه واسلامه ثم ننظر فان لم تسلم الحره فله الاختيار منهن فلا يختار الا واحدة اعتباراً لحالة اجتماع اسلامه واسلامه وان أسلمت في عدتها ثبت نكاحها وانقطعت عصمتها فان كان قد اختار واحدة من المسنقات في عدة الحره ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره وله أن يختار غيرها لان الاختيار لا يكون موقوفاً فأما إن

(مسئلة) (ولها الفسخ بنفسها من غير حاكم) لانه فسخ مجع عليه غير مجتهد فيه فلا ينتقل إلى حكم حاكم كالرد بالايب في المبيع بخلاف خيار العيب في النكاح فانه مجتهد فيه فانفقر الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار وروى الحسن عن عمرو بن أمية قال سمعت رجلاً يتحدثون عن النبي ﷺ انه قال « اذا أعتقت الامة فمعي بالخيار ما لم يوطأها إن شئت فارقت فان وطئها فلا خيار لها » رواه الامام أحمد في المسند (فصل) فان اختارت الفراق كان فسخاً ليس بطلاق وبهذا قال أبو حنيفة والثوري والحسن بن صالح والشافعي وذهب مالك والاوزاعي واليثار الى انه طلاق بائن ، قال مالك إلا أن تطلق نفسها ثلاثاً فتطلق ثلاثاً ، واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثاً فلم يبلغنا ان أحداً من الصحابة أنكروا ذلك ولانها تملك الفراق فلما طلقت كالمطلقة كالرجل

وانا قول النبي ﷺ « الطلاق ان أخذ بالساق » ولانها فرقة من قل الزوجة فكانت فسخاً كما لو اختلف دينهما أو أرضعت من يفسخ نكاحه برضاها ، وفعل زبراء ليس بحجة ولم يثبت انشائه في الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفاقة كان كناية عن الفسخ لانه يؤدي معناه فصلح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق

(مسئلة) (فان أعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها)

أما اذا أعتق الزوج قبل خيارها سقط لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعته فسقط كالبيع

اعتن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فان كان جميع الزوجات أربعاً فما دون ثبت نكاحهن وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعاً وتبطل عصمة الخامسة لأنهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الاصليات وكما لو اعتن قبل اسلامه واسلامهن ولو أسلمن قبله ثم اعتن ثم أسلم فكذلك وإن الحكم في هذا كما لو أسلم وتحت خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحت خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما لأنه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منها فلا معنى لانتظار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي لزمه نكاح الثانية وكذلك إن لم يسلم من البواقي إلا اثنتان لزمه نكاح الأربع وإن أسلم الجميع في العدة كاف أن يختار ثلاثاً مع التي اختارها أولاً وينسخ نكاح الباقية، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كاف اختيار اثنتين وإن أسلم معه أربع كاف اختيار ثلاث منهن إذ لا معنى لانتظاره الخامسة ونكاح ثلاث منهن لازم له على كل حال . ويحتمل أن لا يجبر على الاختيار لأنه إنما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك . وكذلك لو أسلمت معه واحدة من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا هنا والصحيح هنا أن يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المعنى وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا

إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي ، وإن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد واختاره الحرقى وروى ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة ونافع والزهرى وقنادة وحكام بعض أهل العلم عن فقهاء الشيعة وذكر القاضي أن لها الخيار إذا لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحامد والثوري والاذاعي والشافعي وإسحاق لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها لم يوجد منها ما يدل على الرضى فهو كما لو لم نصب، ووجه الاول ما تقدم من حديث عمرو بن أمية ، وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة ابني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد فعمت قالت فأرسلت الي حفصة فدعني فقالت إن أمرك بيدك مالم يسك زوجك وإن يسك فليس لك من الامر شيء . فقالت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقته ثلاثاً ، وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن لها الخيار مالم يمسه ، ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول . فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعتق وهي ممن يجوز خنأ ذلك عليها مثل أن يستقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لأن الاصل عدم ذلك وإن كانت ممن لا يخفى عليها لكونها في بلد واحد واشتهر ذلك لم يقبل قولها لأنه خلاف الظاهر وإن علمت العتق وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لأن ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس فالظاهر صدقها وللشافعي في قبول قولها قولان .

﴿مسئلة﴾ قال (وإذا تزوجها وهما كتابيان فأسلم قبل الدخول أو بعده فهي زوجته وان كانت هي المسلمة قبله وقبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها)

وجملة ذلك انه اذا أسلم زوج الكتابية قبل الدخول أو بعده أو اسلما معا فالنكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي لان الإسلام أن يتبدى نكاح كتابية فاستدامته اولى ولا خلاف في هذا بين القائلين باجازه نكاح الكتابية، فأما ان اسلمت الكتابية قبله وقبل الدخول تعجلت الفرقة سواء كان زوجها كتابيا او غير كتابي اذ لا يجوز لكافر نكاح مسلمة . قال ابن المنذر اجمع على هذا كل من نحفظ عنه من اهل العلم ، وان كان اسلامها بعد الدخول فالحكم فيه كالحكم فيها لو أسلم أحد الزوجين او ثبتين على ما تقدم فاذا كانت هي المسلمة قبل الدخول فلا مهر لها لان الفسخ منها وقد مضى الكلام في هذا ايضا بما فيه كفاية

(فصل) واذا تزوج المهرسي كتابية ثم ترافعا اليها قبل الاسلام فرق بينهما . قال احمد في مجوسية تزوج كتابية بحال دينه وبينها قبل من يحل بينا وبين ذلك قال الامام ومحمتمل هذا الكلام أن يحال بينهما وان لم يترافعا اليها لأعلى ديناً منه فيمنع نكاحها كما يمنع الذي نكاح المسلمة . وان تزوج الذي وثنية او مجوسية ثم ترافعا اليها فثنية وجهان [أحدهما] بقر على نكاحها لانها ليست أعلى ديناً منه فبقر على

﴿مسئلة﴾ (وخيار المتقة على التراخي ما لم يوجد منها ما يدل على الرضى ولا يمنع الزوج وطأها)
ومن قال انه على التراخي مالك والاوزاعي وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهري وقتادة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم وللشافعي ثلاثة أقوال أظهرها كقولنا والثاني انه على الفور كخيار الشفعة، والثالث انه إلى ثلاثة أيام . ولنا ما روى الامام احمد بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يتحدثون عن رسول الله ﷺ أنه قال « إذا أعتقت الأمة فهمي بالخيار ما لم يطأها إن شامت فارقت وان وطأها فلا خيار لها » ورواه الاثرم أيضا . وروى أبو داود أن بريرة عتقت وهي عند منيث عبد لآل بني أحمد فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وقال لها « ان قربك فلا خيار لك » ولانه قول من سمينا من الصحابة قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة ولان الحاجة داعية الى ذلك فثبت الخيار كخيار القصاص أو خيار الدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلنا

﴿مسئلة﴾ (فان كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت أو عقلت)

ولا خيار لها في الحال لانه لا عقل لها ولا قول معتبر ولا يملك وليها الاختيار عنهما ليس له هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلها الخيار حينئذ لكونهما صارا على صفة لكل منهما حكم وهكذا الحكم لو كان عند زوجتيهما عيب يوجب الفسخ

نكاحها كما يقر المسلم على نكاح الكتانية [وإثاني] لا يقر على نكاحها لأنها ممن لا يقر المسلم على نكاحها فلا يقر القمي على نكاحها كالمرتدة

﴿ مسألة ﴾ قال (وما سمي لها وهما كافران فتقبضته ثم أسلما فليس لها غيره وإن كان حراما ولو لم تقبضه وهو حرام فلها عليه مهر مثلها أو نصفه حيث أوجب ذلك)

وجعلته إن الكفار إذا أسلموا وتحاكموا الينا بعد العقد والقبض لم تتعرض إلى ما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ ونيس لها غيره حلالا كان أو حراما بدليل قوله تعالى [يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا] فأمر بترك ما بقي دون ما قبض وقال تعالى [فنجاهم من عبثهم من ربه فأنهى فله ما سلف وأمره إلى الله] ولأن التعرض للمقبوض بابطاله يشق لتناول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تنفير عن الإسلام فعني عنه كما عني عما تركوه من الفرائض والواجبات ، ولأنها تقابضاً بحكم الشرك فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضاً وإن لم يتقابضاً فإن كان المسمى حلالاً وجب ما سمي به لأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وإن كان حراماً كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به ، لأن ما سمي به لا يجوز إيجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقاً مسلمة ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل إن كان بعد الدخول ، ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول وهذا معنى قوله حيث أوجب ذلك وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف

فإن كان زوجها قد وطئها فظاهر كلام الحارثي أنه لا خيار لها فإن مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لها الخيار لأنه لا رأي لها فلا يكون تمكنها من الوطء دليلاً على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زوجها من وطئها .

﴿ مسألة ﴾ (وإن طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق وبطل خيارها)

لأنه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فيقدم كما لو لم يعتق ، وقال القاضي طلاقه بوقوف فإن اختارت الفسخ لم يقع لأنه يتضمن إبطال حقها من الخيار وإن لم تختَر وقع ، وللشافعي نولان كهذين الوجهين وبنا عدم الوقوع على أن الفسخ أسند إلى حالة العتق فيكون الطلاق وانما في نكاح مفسوخ وكذلك إن طلق الصغيرة أو المجنونة بعد العتق

ولنا أنه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم يختَر والفسخ إنما يوجب الفرقة من حينه لأنه سببها ولا يجوز تقديم الفرقة عليه إذ الحكم لا يتقدم سببه ولأن العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح ثبت به الإحصان والاحلال للزوج الأول ، ولو كان الفسخ سابقاً لانعكست الحال قول القاضي أنه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فإن الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع وجوب نصف المهر وتقدير العدة

وقال أبو حنيفة ان كان صداقها خيراً أو خنزيراً معينين فليس لها الا ذلك وان كانا غير معينين فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحسنانا
ولنا ان الخمر لا قيمة لها في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما او اصدقها خنزيراً ولا نه محرم بأشبه ما ذكرنا

(فصل ١) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبض ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل ، فان كان الصداق عشرة زقاق خمر متسارية فقبضت خمسة منها سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وان كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لانه اذا وجب اعتباره اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأني الكيل فيه

(والثاني) يقسم على عددها لانه لاقية لها فاستوى صغيرها وكبيرها ، وإن اصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد ، وإن اصدقها كلباً وخنزيراً وثلاثة زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عندهم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجعل لكل خمس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد كله فلكل واحد سدس المهر فلكل سبعة واحد من الخنزيرين ولزقاق سدس ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا

عليها فان ابتداءها من حين طلاقه لا من حين فسخه ثم لو كان مبطلا لحقها لم يقع وان لم يخرت الفسخ كما لا يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما اذا كان الطلاق بائناً فان كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما نذكر فيما بعد ، فعلى قولهم اذا طلقت قبل الدخول ثم اختارت الفسخ سقط مهرها لأنها بانت بالفسخ وان لم تفسخ فلها نصف الصداق لأنها بانت بالطلاق **(مسئلة)** (وان أعتقت الامة الرجعية فلها الخيار)

لان نكاحها باق يمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فانها لا تأمن رجعه اذا لم تفسخ ، فان قيل تفسخ حينئذ قلنا اذا محتاج الى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها فهو كما لو طلقها طلاقاً أخرى وتبني على عدة حرة لأنها عتقت في عدتها وهي رجعية **(مسئلة)** (فان اختارت المقام قبل يبطل خيارها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يبطل وهو قول الشافعي لأنها جارية إلى بيوتها (والثاني) يبطل اختيارها لأنها يصبح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصاحب النكاح وهو اختيار شيخنا ، وان لم تخرت شيئاً لم يبطل خيارها لانه على التراخي ولان سكوتها لا يدل على رضاها لانه يحتمل أنه كان تحريماً بها إلى بينونة اكتفاء منها بذلك فان ارتجعها فلها الفسخ حينئذ وان فسخت ثم عدت فزوجها بقيت معه بطلقة واحدة لان طلاق العبد اثنتان وان تزوجها بعد ان عتق رجعت معه على طلقين لانه صار حرّاً فذلك ثلاث طلاقات كسائر الاحرار .

(فصل) فان نكحها نكاحا فاسداً وهو مالا يقرون عليه اذا أسلموا كنكاح ذوات الرحم المحرم فأسد قبل الدخول أو ترافعوا البناء فرق بينها ولا مهر لها ، قال احمد في المجوسية تكون تحت أخيها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فترفع الى المسلمين بطلب مهرها لا مهر لها وذلك لانه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه في الاسلام وحصل فيه الفرقة قبل الدخول ، فأما إن دخل بها فهل يجب لها مهر المثل؟ يخرج على الروايتين في لمسلم اذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) اذا تزوج ذمي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بفرضه ان كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان تزوجها على أن لا مهر لها فلا شيء لها وان سكت عن ذكره ففيه روايتان (احدهما) لا مهر لها والاخرى لها مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحققا وقد أسقطت حقها والذمي لا يطالب بحق الله تعالى . ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب المرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وإنما وجب المهر في حق المفوضة لئلا نصير كالموهوبة والمباحة وهذا يوجد في حق الذمي

(فصل) اذا ارتفعوا الى الحاكم في ابتداء العقد لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين لقول الله عز وجل (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقوله (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) ولنا لا حاجة

(مسألة) (وبتى اختارت المعتقة الفسخ بعد الدخول فالمهر للسيد)

وجملة ذلك أن المعتقة متى اختارت المقام مع زوجها قبل الدخول أو بعده فالمهر للسيد وكذلك إن اختارت الفسخ بعد الدخول لانه وجب بالعقد وإن اختارت المقام ولم يوجد له سقط فأنفسخت بعد الدخول فقد استقر المهر بالدخول فلم يسقط بشيء . وهو للسيد في الحالين لانه وجب بالعقد في ماله والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العتق فكذلك وان كان بعده فالواجب مهر المثل

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح انصل به الدخول قبل الفسخ وأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ولنا لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لأنها حرة حينئذ ، قولهم إن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح لانه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الاحلال للزوج الاول وكونه حلالاً .

(مسألة) (وان اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها)

نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أن السيد نصف المهر اختاره أبو بكر لانه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

الى عقده بخلاف ذلك ، وإن أسلموا وترافعوا البنا بعد العقد لم تتعرض لكيفية عقدهم ونظرنا في الحال فان كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداءً أقرها ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداءً نكاحها كذوات محرمة فرق بينهما فان تزوج معتدة وأسلم أو ترافعا في عدتها فرق بينهما لانه لا يجوز ابتداءً نكاحها وإن كان بعد انقضائها أقر الجواز ابتداءً نكاحها وإن كان بينهما نكاح متعة لم يقرأ عليه لانه ان كان بعد المدة فلم يبق بينهما نكاح فان كان في المدة فعلا لا يعتقدان تأييده والنكاح عقد مؤبد الا أن يكونا ممن يعتقدان فساد الشرط وصحة النكاح مؤبداً فيقران عليه ، وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاء أو شاء أحدهما لم يقرأ عليه لانهما لا يعتقدان لزومه إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلما فيها لم يقرأ لذلك وإن كان بعدها أقر لانهما لا يعتقدان لزومه وكما اعتقدوه فهو نكاح يقرن عليه ومالا فلا ، فلو مهر حربي حربية فوطئها أو طأعته ثم أسلما فان كان ذلك في اعتقادهم نكاحاً أقر عليه لانه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداءً نكاحها فأقرأ عليه كالنكاح بلا ولي وإن لم يعتقدا نكاحاً لم يقرأ عليه

(فصل) وأنكحة الكفار تتعاق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والإيلاء ووجوب المهر والقسم والإباحة الزوج الاول والاحصان وغير ذلك ومن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعي والنخعي والزهري وحامد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزوه الحسن وقادة وربيعة ومالك .

ولما أن الفرقة جاءت من قبلها فيسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من بفسخ نكاحها وقوله وجب للسيد قلنا لكن براءتها ولهذا سقط نصه بفسخها وجميعه بإسلامها وردتها (فصل) ولو كانت مفوضة ففرض مهر المثل فهو للسيد أيضاً لانه وجب بالعقد في ماله لا بالفرض ولذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد وان كان الفسخ قبل الدخول والنرض فلا شيء إلا على الرواية الاخرى ينبغي أن تجب المنة لانهم ساجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصه

(مسئلة) (وان أعق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيار لها)

وقال أبو بكر لها الخيار لان عتق المعسر لا يسري بل يعتق منها ما عتق وباقيها رقيق فلا تكل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي وعن أحمد أن لها الخيار حكاهما أبو بكر واختارها لانها أكل منه فاتها ثرث وترث وتحجب بتدبر ما فيها من الحرية ، ووجه الرواية الاولى أنه لا نص في المعتق بمضها ولا هي في معنى الحرية الكاملة لان الحرية كاملة الأحكام ولان العقد صحيح فلا يفسخ بالمتلف فيه وهذه تختلف فيها وعن أحمد رضي الله عنه اذا عتقت وزوجها حر بهذه العلة فأما ان كان المعتق مرسراً مري إلى باقيها فعتت كلها وثبت لها الخيار

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم، فان قيل لانسلم صحة أنكحهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامراته جمالة الحطب) وقال (وامرأة فرعون) وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة ، وقال النبي ﷺ « ولدت من نكاح لامن سفاح » وإذا ثبت محبتها ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين ، فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج وأصابها ثم أسلم لم يقرأ عليه ، وإن طلق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلمت فهي عنده على ما بقي من طلاقها ، وإن نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثاً سواء كان المطلق مسلماً أو كافراً ، وإن ظاهر القمي من امرأته ثم أسلمت فعليه كفارة الظهار لقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) وإن آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم)

(فصل) ويحرم عليهم في النكاح ما يحرم على المسلمين على ما ذكرنا في الباب قبله إلا أنهم يترجون على الانكحة المحرمة بشرطين (أحدهما) أن لا يترافعا البنا (والثاني) أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم لأن الله تعالى قال (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئاً) فدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم إذا لم يجئوا البنا ولأن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعترض عليهم في أحكامهم ولا في أنكحهم مع علمهم أنهم يستبيحون نكاح محارمهم ، وقدروي عن احمد في المجوسي تزوج نصرانية قال : يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما ؟ قال الامام قال :

(فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصدق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بهائم مات ولم يترك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثلث وإن لم يكن قبضه عتق في الحال ثلثها وفي الخيار لها وجهان ، فكما انقضى من مهرها شيئاً عتق منها بتدر ثلثه فإذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك ، فإن كان زوجها وطأها قبل استيفاء مهرها بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطته بتمكينه من وطأها وعلى قول الحرقي لا يبطل لأنها مكنته منه قبل ثبوت الخيار لها فاشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها فأما ان عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الحرقي لأن فسخها للنكاح سقط به صدقها فيعجز الثلث عن كمال قيمتها ورق ثلثها وبسقط خيارها فيفضي إثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فعلى قول من أوجب لبيدها نصف المهر يعتق ثلثها إذا استوفى . وعلى قول من أسقط يعتق ثلثها

(فصل) وإن أعتق زوج الامه لم يثبت لها خيار لان عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح ولذلك لا تعتبر الكفاءة الا في الرجل دون المرأة ، فلو تزوج امرأة مطلقاً فبانت أمة لم يكن له الخيار ولو تزوجت المرأة رجلاً مطلقاً فبان عبداً فلها الخيار فكذلك في الاستدامة لكن ان أعتق ووجد طول الحرة فهل يبطل نكاحه ؟ على وجهين مضى ذكرهما

(فصل) إذا أعتقت الامه فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل قال زيادة لها دون سبيلها سواء كان

ابو بكر لان علينا ضرراً في ذلك يعني بتحريم أولاد النصرانية علينا وهكذا يجي. على قوله في تزويج النصراني المجوسية ويجي. على هذا القول أن يحال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر رضي الله عنه كتب: ان فرقوا بين كل محرم من المجوس، وقال احمد في مجوسي. ملك أمة نصرانية يحل بينه وبينها ويجبر على بيعها لان النصراني لهم دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها، وقال ابو بكر عبد العزيز لا يجوز له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر

﴿مسئلة﴾ قال (ولو تزوجها وهما مسلمان فارتدت قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر لها، وإن كان هو المرتد قبلها وقبل الدخول فكذلك الآن عليه نصف المهر)

وجهة ذلك أنه إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول عامة أهل العلم إلا أنه حكى عن داود أنه لا ينفخ بالردة لان الأصل بقاء النكاح ولما قول الله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وقال تعالى (فلا ترجعوهن إلى الكفار لانهن حل لهن ولا هم يحلون لهن) ولأنه اختلاف دين يمنع الاصابة فأوجب فسخ النكاح كالأصل تحت كفر، ثم ينظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبلها، وإن كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق، وإن كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل

زوجها حراً أو عبداً وسواء عتق معها أو لم يعتق نص عليه أحمد فبإذا زوج عبده أو أمته ثم اعتقا جميعاً فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لالسيد فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة؟ قال الامة وعنى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم باعها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني، وقال القاضي الزيادة لسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا أن الزيادة في الصداق تلحق بالمقدار الأول فيكون كالمذكور فيه، قال شيخنا: والذي قلنا أصح لان الملك في الزيادة حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها كسبها والموهوب لها، وقولنا ان الزيادة تلحق بالعقد معناه أنها تلزم وبثبت الملك فيها ويصير الجميع صداقاً وليس معناه أنا تبيننا ان الملك كان ثابتاً فيها وكان لسيدها فان هذا محال لان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتاً للمعتق فيه حين الزويج لزمته زكاته وكان له ثماؤه وهذا أظهر من ان نطيل فيه.

﴿مسئلة﴾ (وان عتق الزوجان معاً فلا خيار لها وعنه يفسخ نكاحهما)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فالمشهور عنه أنه لا خيار لها والنكاح بحاله سواء أعتقها واحد أو اثنان نص عليه أحمد وعنه لها الخيار لانها كملت بالحرية تحت من لم يسبق له حرية

﴿مسئلة﴾ قال (وان كانت ردتها بعد الدخول فلا نفقة لها، وان لم تسلم حتى انقضت عدتها انفسخ نكاحها ولو كان هو المرتد فلم يعد الى الاسلام حتى انقضت عدتها انفسخ النكاح منذ اختلف الدينان)

اختلفت الرواية عن احمد فيما إذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافها فيما إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين في أحدهما تبطل الفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك، وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لأن ما أوجب فسخ النكاح استمرى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد قبل انقضائها فها على النكاح، وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ قم به الفرقة فإذا وجد بعد الدخول جاز أن يقف على انقضاء العدة كالطلاق الرجعي أو اختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كالسلام الحرية تحت الحربي، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع، فأما النفقة فإن قلنا بتبطل الفرقة فلا نفقة لها لأنها بائن منه وإن قلنا يقف على انقضاء العدة وكانت المرأة المرتدة فلا نفقة لها لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافي نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة وان كان هو المرتد فعليه النفقة للعدة لأنه بسبيل من الاستمتاع بها بأن تسلم ويمكنه تلافي نكاحها فكانت النفقة واجبة عليه كزوج الرجعية

فلك الفسخ كما لو عتقت قبله، والاول أولى لأن حرية العبد لو طرأت بعد عتقها منع فإذا قارنت كان أولى أن يمنع كالسلام الزوجين، وعنه رواية ثالثة أن أعتقا انفسخ نكاحهما لأن العتق معنى يزيل الملك عنهما لا إلى مالك فجاز أن تقع به الفرقة كاللوث ولأنه لا يمتنع أن لا يحصل الفرقة بوجوده من أحدهما أو تحصل بوجوده منهما كاللمان والافالة في البيع. قال شيخنا: معناه والله أعلم أنه إذا وهب لعبده سرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقها جميعاً صاراً حريين وخرجت عن ملكه فلم يكن له اصابها إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من اصحابه فيمن وهب عبده سرية أو اشترى له سرية ثم أعتقها لا يقربها إلا بنكاح جديد، واحتج احمد بما روي عن نافع عن ابن عمر أن عبد الله كان له سريتان فاعتقهما وأعتقه فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد ولأنها باعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة فلم يبع له التسري بها كالحرة الأصلية، وأما إذا كانت امرأة فتفق لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ باعتاقها وحدها فلا أن ينفسخ باعتاقها معاً أولى ويحتمل أن أحدنا أراد بقوله أنفسخ نكاحهما أن لها فسخ النكاح ويخرج هذا على الرواية التي تقول لها الفسخ إذا كان زوجها حراً فعتقت عنه

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة متزوجان فاراد عتقهما البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه، وقد روى أبو داود والاقرم بإسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فتزوجها فقالت للنبي صلى الله عليه وسلم إني أريد أن أعتقها؟ فقال لها «ابدئي بالرجل قبل المرأة»

(فصل) فإن ارتد الزوجان معاً فحكمهما حكم الموارثين أحدهما إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة ، وإن كان بعده فهل تتعجل أو يقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين وهذا مذهب الشافعي ، قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتدا معاً أو أحدهما ثم تابا أو تاب فهر أحق بها مالم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لا يفسخ النكاح استحساناً لأنه لم يختلف بهما الدين فأشبهه ماؤ أسلماً ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما ولأن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كاله ، وما ذكره يطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فإن نكاحهما يفسخ وقد انتقل إلى دين واحد وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق وبقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتدا معاً منع وطأها فإن وطئها في عدتها وقلنا إن الفرقة تعجلت فلها عليه مهر مثلها لهذا الوطء مع الذي يثبت عليه بالنكاح لأنه وطئ أجنبية فيكون عليه مهر مثلها ، وإن قلنا إن الفرقة موقوفة على انقضاء العدة فإن أسلم المرتد منهما أو أسلما جميعاً في عدتها وكانت الردة منهما فلا مهر لها عليه بهذا الوطء ، لانا تبيننا أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهي زوجته ، وإن ثبتا أو ثبت المرتد منهما على الردة حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء ، لأنه وطئ في غير نكاح يشبه النكاح لانا تبيننا أن الفرقة وقعت منذ اختلف الدينان ، وهكذا الحكم فيما إذا أسلم

وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل أني بدأت بمتك لئلا يسكون لها عليك خيار والله أعلم .

(باب حكم الميوب في النكاح)

(الميوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام (أحدها) ما يختص بالرجال وهو شيطان (أحدها) أن يكون الرجل مجبواً قد قطع ذكره ولم يبق منه ما يمكن الجماع به)

الكلام في الميوب المثبتة لفسخ النكاح للمرأة والرجل إذا اختار ذلك في أربعة فصول :

(أحدها) أن خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين للميوب يجده في الآخر في الجملة وروي ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس رضي الله عنهم ، وبه قال جابر بن زيد والشافعي وإسحاق وروى عن علي لا ترد الحرة بيب ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه إلا أن يكون الرجل مجبواً أو غنياً فإن للمرأة الخيار فإن اختارت الفراق فرق الحاكم بينهما بطلقة ولا يكون فسخاً لأن وجود الميوب لا يقتضي فسخ النكاح كالعمى والزمانة وسائر الميوب

ولنا أن المختلف فيه يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب وانسنة ولأن المرأة أحد الموضين في النكاح فجاز ردها بسبب كالصدق ، أو أحد الموضين في عقد النكاح فجاز رده بالميب أو أحد الزوجين فيثبت

أحد الزوجين بعد الدخول فرطها في العدة قبل اسلام الآخر . فالحكم فيه مثل الحكم هنا لما ذكرنا من التعليل فيه

(فصل ١) واذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فان لم يسلم الآخر في العدة تبينا أن وقوع الفرقة كان منذ اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المـ لم منهما ، وان أسلم الآخر منهما في العدة قبل ارتداد الاول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لان حكم اختلاف الدين باسلام الاول زال باسلام الثاني في العدة ولو أسلم وتحت أ كثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لانه لا يجوز أن يتديء العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتد دن دونه او معه لم يكن له أن يختار منهن لذلك

(فصل ٢) فاذا تزوج الكافر بمن لا يقر على نكاحه في الاسلام مثل ان جمع بين الاختين او بين عشر نسوة او نكح معتدة او مرتدة ثم طلقها ثلاثاً ثم أسلم لم يكن له أن ينكحها لانا أجرينا أحكامهم على الصحة فيما يعتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له امساك الثانية من الاختين والحامسة المعقود عليها آخرأ

(مسئلة ٣) قال (واذا زوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته فلا نكاح بينهما وان سموا مع ذلك صداقا أيضا)

هذا النكاح يسمى الشغار فقبل انما سمي شغراً لقبحه تشبيها برفم الكلب رجله ليبول في القبح

له الخيار باليب في الآخر كالمرأة ، فاما العمی والزمانة ونحوهما فلا يمنع المقصود بمقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فان قيل فالجذام والجنون والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فان ذلك يوجب فقرة تمنع من قربانه بالكلية وبخاف منه التعدي الى نفسه ونسله والجنون يخاف منه الجناية فصار كالماثم الحمي

(الثاني) العيوب المحوزة للفسخ وهي ثمانية : اثنان يختصان الرجل وهما الحب والمنة وثلاثة تخص المرأة وهي الفتق والقرن والعفل وثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجذام والجنون والبرص وهكذا ذكرها الحرقي ، وقال القاضي : هي سبعة جعل القرن والعفل شيئاً واحداً وهو الرق وذلك لم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك أهل الادب وحكي نحوه عن أبي بكر وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء وقال عن غيره لا يكون في الفرج عظم انما هو لم ينبت فيه وحكي عن ابي حفص ان العفل كالبرغوة في الفرج يمنع لذة الوطء ، وقال أبو الخطاب الرق أن يكون الفرج مسدوداً يعني ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه والقرن والعفل لم ينبت في الفرج فيسدده فما في معنى الرق الا أنها نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين السبيلين وقيل انخراق ما بين مخرج البول والمني وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة وجعل القرن والعفل شيئاً

يقال شغل الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وحكي عن الأصمعي أنه قال : الشغار الرفع فكان كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد ، ولا تختلف الرواية عن أحمد في أن نكاح الشغار فاسد رواه عنه جماعة قال أحمد وروى عن عمر وزيد بن ثابت أنهما فرقا فيه وهو قول مالك والشافعي ، وحكي عن عطاء وعمر بن دينار ومكحول والزهرري والثوري أنه يصح وتفسد التسمية ويجب مهر المثل لأن الفساد من قبل المهر لا يوجب فساد العقد كما لو تزوج على خمر أو خنزير وهذا كذلك

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار متفق عليه وروى أبو هريرة مثله أخرجه مسلم ، وروى الأثرم بإسناده عن عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال « لا جاب ولا جنب ولا شغار في الإسلام » ولأنه جمل كل واحد من العقدين سابقاً في الآخر فلم يصح كما لو قال يعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي ، وقولهم أن فساداً من قبل التسمية قلنا لا بل إفساده من جهة أنه وثقه على شرط فاسد أو لانه شرط عليك البضع لغير الزوج فإنه جعل تزويجه إياها مهراً للآخرى فكان ملسكه إياه بشرط انتزاعه منه ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يقول على أن صداق كل واحدة منهما بضع الأخرى أو لم يقل ذلك ، وقال الشافعي هو أن يقول ذلك ولا يسمى لكل واحدة صداقاً لما روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يقول الرجل لرجل زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكون بضع كل واحدة منهما مهر الأخرى

واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه الميوب لأنها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فإن الجذام والبرص يثيران نفرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع ، والجنون يثير نفرة ويخشى ضرره والجب والرتق يتعذر معهما الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وقائده وكذلك العفل على قول من فسره بالرغوة

(فصل) فإن اختلفا في وجود الميب كمن بحسده يباح أن يكون بهماً أو برصاً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فإن كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة واثقة فيشهران بما قال ثبت قوله والا حالف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ « ولكن البين على المدعى عليه » وإن اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فإن شهدت بما قال الزوج والا فالقول قول المرأة ، وأما الجنون فإنه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يحن في الأحيان لأن النفس لا تسكن إلى من هذه حاله إلا أن يكون مريضاً يفهم عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فإن زال المرض ودام الانغماء فهو كالجنون يثبت به الخيار .

(مسئلة) (فإن اختلفا في إمكان الجماع بما بقي من ذكره فالقول قول المرأة)

لأنه يضمن بالقطع والاصل عدم الوطء ويحتمل أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق . هذا لفظ الحديث الصحيح المنق عليه ، وفي حديث أبي هريرة والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي أو زوجني أختك وأزوجك أختي رواه مسلم وهذا يجب تقديمه لصحته وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما بأن يعمل بالجميع ويفسد النكاح بأي ذلك كان . ولأنه إذا شرط في نكاح إحداهما تزويج الأخرى فقد جعل بضع كل واحدة صداق الأخرى ففسد كما لو افترض به ، فأما إن سموا مع ذلك صداقا فقال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة أو مهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون أو أقل أو أكثر فالنصوص عن أحد فيما وقفنا عليه صحته وهو قول الشافعي لما تقدم من حديث ابن عمر ، ولأنه قد سمي صداقا فصح كما لو لم يشرط ذلك وقال الحنفي لا يصح لحديث أبي هريرة ولما روى أبو داود عن الأعمش أن العباس بن عبيد الله بن العباس أنكح عبدالرحمن بن الحكم ابنته وأنكحه عبدالرحمن ابنته وكأنا جعلنا صداقا فكتب معاوية إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما وقال في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح كما لو لم يسميا صداقا يحققه ان عدم التسمية ليس بفسد فلو قد بدليل نكاح المفوضة فدل على أن المفسد هو الشرط وقد وجد ولأنه سلف في عقد فلم يصح كما لو قال بمك ثوبني بعشرة على أن تبيعني ثوبك بمشرين ، وهذا الاختلاف فيما إذا لم يصرح بالتشريك

العنة ولأن له ما يمكن الجماع بمثله فأشبه من له ذكر قصير (الشافعي) أن يكون غيبا العنين هو العاجز عن الإيلاج ذكره وهو مأخوذ من عن أي اعترض لأن ذكره بمن إذا أراد إيلاجه أي يعترض قيل لأنه بمن لقبل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده فإذا كان الرجل كذلك فهو غيب به وتستحق به المرأة فسخ النكاح بعد أن يضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها ، وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وعمرو بن دينار والنخعي وقادة وحامد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الأمصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وشذ الحكم وداود فقال لا يؤجل وهي امرأته ورري ذلك عن علي رضي الله عنه لأن امرأة أمت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله : إن رقاعة طلقني فبت طلاقي فزوجت بعد الرحمن بن الزبير وأعماله مثل هدية الثوب فقال « تريدن أن ترجعي إلى رقاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته » ويذوق عسيلتك ولم يضرب له مدة

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة وروى ذلك الدارقطني عن عمرو بن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ورواه أبو حفص عن علي ولأنه غيب بمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه

فأما إذا قال زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة وبضع الأخرى فالنكاح فاسد لأنه صرح بالشريك فلم يصح العقد كما لو لم يذكر مسمى

(فصل) ومتى قلنا بصحة العقد إذا سمي صداقاً ففيه وجهان [أحدهما] تفسد التسمية ويجب مهر للثل وهذا قول الشافعي لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليه صاحبه فينقص المهر لهذا الشرط وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجبراً لا فبطل، والوجه الذي ذكره القاضي في الجامع أنه يجب المسمى لأنه ذكر قدرأ معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح كالأول قال زوجتك ابنتي على الف على أن لي منها مائة والله أعلم

(فصل) وإن سمي لأحدهما مهراً دون الأخرى فقال أبو بكر يفسد النكاح فيهما لأنه فسد في إحداها ففسد في الأخرى والأولى أنه يفسد في التي لم يسم لها صداقاً لأن نكاحها خلا من صداق سوى نكاح الأخرى ويكون في التي سمي لها صداقاً روايتان لأن فيه تسمية وشرطاً فأشبهه ما لو سمي لكل واحدة منهما مهراً ذكره القاضي هكذا

(فصل) فإن قال زوجتك جارييتي هذه على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتهما صداقاً لابنتك لم يصح تزويج الجارية في قياس المذهب لأنه لم يجعل لها صداقاً سوى تزويج ابنته، وإذا زوجه ابنته على أن يجعل رقبة الجارية صداقاً لها صح لأن الجارية تصلح أن تكون صداقاً، وإن زوج عبده

وطلب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منهما وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال أنني لا عركها عرك الأديم وقال بن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصح ذلك في قول النبي ﷺ «تريدن أن ترجعي إلى رقاعة» ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها وقيل أنها ذكرت ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغته ولذلك قال النبي صلى الله عليه وسلم «حتى تذوقي عسيلته» والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

(مسئلة) (فإن ادعت ذلك أجل سنة منذ ترافعه)

وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك فإن أنكر وهي عذراء قال قول قولها وإن كانت ثيباً قال قول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لأن الأصل السلامة ولأن هذا أمر لا يعرف إلا من جهته وقال القاضي هل يستحلف؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق

(مسئلة) (فإن اعترف بذلك أو قامت يمينه على إقراره به فإنكر فطابت يمينه فتكمل ثبت عجزه) ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجل عشرة أشهر

ولنا قول من سمي من الصحابة ولأن هذا العجز قد يكون أمة وقد يكون مرض فضرر له سنة لتمر به الفصول الأربعة فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة وإن كان من رطوبة زال في فصل

امرأة وجعل رقبته صداقا لها لم يصح الصداق لان ملك المرأة زوجها بمنح صحة النكاح فيفسد الصداق ويصح النكاح وبجب مهر المثل

(مسئلة) قال رحمه الله تعالى (ولا يجوز نكاح المتعة)

معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة مثل أن يقول زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو إلى انقضاء المرسوم أو قدوم الحاج وشبهه سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة فهذا نكاح باطل نص عليه أحمد فقال نكاح المتعة حرام . وقال أبو بكر فيها رواية أخرى أنها مكروهة غير حرام لأن ابن منصور سأل أحمد عنها فقال يمتنعها أحب إلي ، قال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم ، وغير أبي بكر من أصحابنا بمنع هذا ويقول في المسئلة رواية واحدة في تحريمها وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء ، ومن روي عنه تحريمهم عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير ، قال ابن عبد البر وعلى تحريم المتعة مائة وأهل المدينة وأبو حنيفة في أهل الكوفة والأوزاعي في أهل الشام والليث في أهل مصر والشافعي وسائر أصحاب الآثار وقال زفر يصح النكاح ويبطل الشرط

وحكي عن ابن عباس أنها جائزة وعليه أكثر أصحابه عطاء وطاوس وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري وجابر وابيه ذهب الشيعة لأنه قد ثبت أن النبي ﷺ أذن فيها ، وروي

الليس وإن كان من برودة زال في فصل الحرارة وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فإذا مضت الفصول الاربعة واختافت عليه الأهوية فلم يزل علم أنه خلقه وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة ثم يظهر وابتداء السنة من يوم توافعه قال ابن عبد البر على هذا جماعة الفائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر يؤجل سنة من يوم توافعه فإذا انقضت المدة فلم يبطأ فلها الخيار في فسخ النكاح

(مسئلة) (وان اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عينا)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئها مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطاوس والحسن ويحيى الانصاري والزهري وعمرو بن دينار وقاعة ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور إذا عجز عن وطئها أجل له لأنه عجز عن وطئها فثبت حقها كما لو وجب بعد الوطء

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يكن لان حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة ثبتت بوطء واحد وقد وجد ما أوجبه فانه يتحقق به العجز فافترا (فصل) وان علمت أن عجزه عن الوطء لمرض من صغر أو مرض رجوا لزوال لم تضرب له مدة لان ذلك عارض يزول والمدة لا تزول لأنها حيلة وخلقة وإن كان لكبر أو مرض لا يرجى

أن هر قال : متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أفأنتهى عنهما وأعاقب عليهما ؟ متعة النساء . ومتعة الحج ولا عقد على متعة فيكون مؤقتا كالأجارة
ولنا ما روى الربيع بن سبرة أنه قال : أشهد على أبي أنه حدث أن النبي ﷺ نهى عنه في حجة الوداع . وفي لفظ أن رسول الله ﷺ حرم متعة النساء . رواه أبو دارود . وفي لفظ رواه ابن ماجه أن رسول الله ﷺ حرم المتعة فقال « يا أيها الناس اني كنت أذنت لكم في الاستمتاع الا وان الله قد حرمها الى يوم القيامة » وروى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء . يوم خيبر وعن لحوم الاهلية . رواه مالك في الموطأ وأخرجه الاثمة النسائي وغيره واختاف أهل العلم في الجمع بين هذين الخبرين فقال قوم في حديث علي تقديم وتأخير وتقديره أن النبي ﷺ نهى عن لحوم الحر الاهلية يوم خيبر ونهى عن متعة النساء ولم يذكر ميفات النهي عنها وقد بينه الربيع بن سبرة في حديثه أنه كان في حجة الوداع حكا . الامام احمد عن قوم وذكره بن عبد البر وقال الشافعي لا أعلم شيئا أحله الله ثم حرمه ثم أحله ثم حرمه الا المتعة فحمل الامر على ظاهره وان النبي ﷺ حرمها يوم خيبر ثم أباحها في حجة الوداع ثلاثة أيام ثم حرمها ولأنه لا يتناق به أحكام النكاح من الطلاق والظهار واللعان والتوارث فكان باطلا كسائر الانكحة الباطلة ، وأما قول ابن عباس فقد حكى عنه الرجوع عنه . وروى ابن بكر بإسناده عن سعيد بن جبيرة قال : قالت لابن عباس لقد كثرت في المتعة حتى قال فيها الشاعر :

برؤء ضربت له المدة لأنه في معنى من خاق كذلك وان كان لجب أو شلل ثبت الخيار في الحال لان الوطء مأبوس منه فلا معنى لانتظاره وان كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به أو لا رجوع الى أهل الخبرة في ذلك

(فصل) والوطء الذي يخرج به من العنة هو تغييب الحشفة في الفرج لان الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق به فان كان الذكر مقطوع الحشفة كفاه تغييب قدر الحشفة من الباقي في أحد الوجهين ليكون ما يجري من المقطوع مثل ما يجري من الصحيح (والثاني) لا يخرج من العنة الا بتغييب جميع الباقي لأنه لا أحد هنا يمكن اعتباره فاعتبر تغييب جميعه لأنه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء وللشافعي قولان كعذبن .

﴿مسئلة﴾ (وان وطئها في الدبر أو وطئ غيرهما لم يزل العنة ويحتمل أن يزول)

لان الدبر ليس محلا للوطء فأشبهه الوطء فيها دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال للزوج الاول ولا الاخصان وان وطئها في القبل حائضا أو نفسا أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة وذكر القاضي أن قياس المذهب ان لا يخرج عن العنة لنص أحمد على أنه لا تحصل به الاباحة للزوج الاول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر

أقول وقد طال النواء بنا معا يا صاح هل لك في فتيا ابن عباس
 هل لك في رخصة الاطراف آنسة تكون مثواك حتى مصدر الناس
 فقام خطيبا وقال ان المتعة كالميتة والدم ولحم الخنزير فأما اذن رسول الله ﷺ فيها فقد ثبت نسخته
 وأما حديث عمران صح عنه فالظاهر انه إنما قصد الاخبار عن تحريم النبي ﷺ لها ونهيه عنها إذا
 لا يجوز أن ينهى عما كان النبي ﷺ أباحه وبني على اباحته
 (فصل) وان تزوجها بغير شرط الآن في نيته طلاقها بعد شهر أو اذا اقضت حاجته في هذا
 البلد فالنكاح صحيح في قول عامة أهل العلم الا الاوزاعي قال هو نكاح متعة والصحيح انه لا بأس
 به ولا نضر نيته وليس على الرجل أن يزوي حبس امرأته وحسبه ان واقته والا طلقها

(مسئلة) قال (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه لم ينقد النكاح)

يعني اذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين لم يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا
 مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها ، وقال أبو حنيفة يصح النكاح ويطل الشرط
 وهو أظهر قولنا الشافعي قاله في عامة كتبه لان النكاح وقع مطلقا وإنما شرط على نفسه شرطا وذلك
 لا يؤثر فيه كما لو شرط أن لا يتزوج عليها ولا يسافر بها

ولنا أنه وطئ في محل الوطء فخرج به عن العنة كما لو وطئها وهي مريضة بضرها الوطء ولان
 العنة المعجز عن الوطء فلا يبقى مع وجود الوطء لان المعجز ضد القدرة فلا يبقى مع وجود ضده
 وما ذكره غير صحيح لان تلك الاحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لما نفع أو فوات شرط والعنة
 في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه وأما الوطء في الدبر فليس وطأ في محله بخلاف
 مسئلتنا وفيه قول أن العنة يزول به اختاره ابن عقيل لأنه أصعب فن قدر عليه فهو على غيره أقدر
 (فصل) فان وطئ امرأة لم يخرج به من العنة في حق غيرها واختار ابن عقيل أنه يخرج عن
 العنة في حق جميع النساء فلا تسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول
 من قال إنه يختبر بزواج امرأة أخرى ويحكي ذلك عن سمرة وعمر بن عبد العزيز قالوا لان العنة خلقلة
 وجيلة لا تغير بتغير النساء فاذا انتفت في حق امرأة لم تبقى في حق غيرها

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقهن فرضي بعضهن سقطت حقها
 وحدها دون الباقيات ولان الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالمعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا
 يزول بوطء غيرها وقوله كيف يصح المعجز عن واحدة دون أخرى؟ قلنا قد تهض شهوته في حق
 احدها لمفرط حبه إياها وييله اليها واختصاصها بكامل ولوجه دون الاخرى فعلى هذا لو تزوج امرأة
 فأصلها ثم أبانها ثم تزوجها من أحد لها المطالبة لانه إذا جاز أن يمن عن امرأة دون أخرى ففي

ولنا أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح فأشبهه نكاح المنة ويفارق ما قاسوا عليه فإنه لم يشترط قطع النكاح

(مسئلة) قال (وكذلك أن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله)

وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل في قول عامة أهل العلم منهم الحسن والنخعي وقتادة ومالك واليث والثوري وابن المبارك والشافعي وسواء قال زوجتها إلى أن تطأها أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما أو أنه إذا أحلها للأول طلقها، وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ويبطل الشرط، وقال الشافعي في الصورتين الأولتين لا يصح وفي الثالثة على قولين

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لعن الله المحلل والمحلل له» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن صحيح والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ منهم عمر بن الخطاب وعثمان وعبد الله بن عمر وهو قول الفقهاء من التابعين، وروي ذلك عن علي وابن مسعود وابن عباس، وقال ابن مسعود المحلل والمحلل له ملعون على لسان محمد ﷺ

وروي ابن ماجه عن عقبه بن عامر أن النبي ﷺ قال «ألا أخبركم بالبتيس المستعار؟» قالوا بلى يا رسول الله، قال «هو المحلل لعن الله المحلل والمحلل له» وروي الاثرم بإسناده عن قبيصة بن

نكاح دون نكاح أولى ومقتضى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ امرأة لم ثبت عنقه أبداً.

(فصل) وإن ادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء فشهدت بذلك امرأة ثقة فالقول قولها والافالقول قوله. إذا ادعت المرأة عنة زوجها فادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء أريت النساء الثقات فإن شهدن بعذرهما فالقول قولها ويقبل في بقاء عذرتها شهادة امرأة واحدة كالرضاع ويؤجل الرجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي لأن الوطء يزيل العذرة فوجودها يدل على عدم الوطء فإن ادعى أن عذرتها عادت بعد الوطء فالقول قولها لأن هذا بعيد جداً وإن كان متصوراً وهل يستحلف المرأة؟ يحتمل وجهين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله والآخر لا يستحلف لأن ما يبعد جداً لالثقات إليه كاحتمال كذب البيعة العادلة وكذب المقر في اقراره وهل يقبل قول امرأة واحدة؟ على روايتين (أحدهما) تقبل شهادة واحدة كالرضاع (وإثاني) لا يقبل فيه الا اثنتان لأن ما يقبل فيه شهادة الرجال لا يقبل فيه الا اثنتان فالتساء أولى

(فصل) وإن لم يشهد لها أحد فالقول قوله لأن الأصل السلامة في الرجال وعدم العيوب ودعواه تتضمن سلامة العمد وصحته ويسقط حكم قولها لتبين كذبها فإن ادعت أن عذرتها زالت بسبب أحد فالقول قوله لأن الأصل عدم الأسباب

جابر قال سمعت عمر وهو يخطب الناس وهو يقول : والله لأوثق بمحل ولا محل له الا رجعتا ولانه نكاح الى مدة أو فيه شرط يمنع بقاءه فأشبهه نكاح المنة

(فصل) فان شرط عليه التحليل قبل العقد ولم يذكره في العقد ونواه في العقد أو نوى التحليل من غير شرط فانه نكاح باطل أيضاً قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يتزوج المرأة وفي نفسه أن يحلها لزوجها الاول ولم تعلم المرأة بذلك قال هو محل إذا أراد بذلك الاحلال فهو ملعون وهذا ظاهر قول الصحابة رضي الله عنهم وروى نافع عن ابن عمر أن رجلاً قال له امرأة تزوجتها أحلها لزوجها لم بأسني ولم يعلم قال لا إلا نكاح رغبة إن أعجبتك أمسكها وإن كرهتها فارقها قال وإن كنا نعهده على عهد رسول الله ﷺ سفاهاً وقال لا يزالان زانيين وإن مكثا عشرين سنة إذا علم أنه يريد أن يحلها وهذا قول عثمان رضي الله عنه وجاء رجل إلى ابن عباس فقال له إن عني طلاق امرأتين ثلاثاً أحلها له رجل ؟ قال من يخادع الله يخدعه وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وقادة وبكر المازني واليث ومالك والثوري وإسحاق وقال أبو حنيفة والشافعي العقد صحيح وذكر القاضي في صحته وجهان مثل قولهما لا لأنه خلا من شرط يفده فأشبهه ما لو نوى طلائها لغير الاحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك ولأن العقد إنما يطل بما شرط لا بما قصد بدليل ما لو اشترى عبداً فشرط أن يبيعه لم يصح ولو نوى ذلك لم يطل ولانه روي عن عمر رضي الله عنه ما يدل على إجازته وروى أبو حنيفة بإسناد عن

(مسألة) (وإن كانت ثيباً فالقول قوله لما ذكرنا)

ولأن هذا يتمدأ إقامة اليينة عليه فقبل قوله فيه مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن هذا مما يتمدأ إقامة اليينة ويمينه أقوى فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالمكر في سائر الدعاوى وعليه اليمين على صحة ما قال وهذا قول من سمينا ههنا لأن قوله محتمل للكذب فقوينا قوله يمينه كما في سائر الدعاوى التي يستحلف فيها فان نكل قضى عليه بنكوله وبدل علي وجوب اليمين قول النبي ﷺ « ولو كذب اليمين على المدعي عليه » قال القاضي ويتخرج أن لا يستحلف على انكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا والصحيح أنه يستحلف لدلالة الخبر والمغني عليه وروى عن أحمد أن القول قولها مع يمينها حكاهما القاضي في المجرى لأن الأصل عدم الاصابة فكان القول قولها لانه موافق للأصل واليقين معها وقال الحرقي بخلو معها في بيت ويقال له أخرج ماءك علي شيء فان ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها هكذا حكاه الحرقي عن أحمد فعلى هذا أن أخرج ماءه فالقول قوله لأن العنين يضعف عن الأنزال فاذا أنزل تبينا صدقه فيحكم به وهو مذهب عطاء فان ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فان ذاب فهو مني لأنه يشبهه ببياض البيض وذلك إذا وضع على النار يجتمع ويس وهو هذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به وعلي هذا متى عجز عن إخراج مائه

محمد بن سيرين قال قدم مكة رجل ومعه اخوة له صفار وعليه ازار من بين يديه رقعة ومن خلفه رقعة فسأل عمر فلم يدعه شيئاً فبينما هو كذلك إذ نزع الشيطان بين رجل من قريش وبين امرأته فطلقها فقال لها هل لك أن تعطي ذا الرقعتين شيئاً ويحك لي؟ قالت نعم ان شئت فأخبروه بذلك قال نعم وتزوجها ودخل بها فلما أصبحت أدخلت اخوته الدار فجاء القرشي بحوم حول الدار ويقول يا ويله غلب على امرأته فأتى عمر فقال يا أمير المؤمنين غلبت علي امرأتي قال من غلبك قال ذو الرقعتين قال أرسلوا اليه فلما جاءه الرسول قالت له المرأة كيف موضعك من قولك؟ قال ليس بموضعني بأمر قالت إن أمير المؤمنين يقول لك طلق امرأتك قل لا والله لا أطلقها فانه لا يكرهك وألبسته حلة فلما رآه عمر من بعد قال الحمد لله الذي رزق ذا الرقعتين فدخل عليه فقل أنطلق امرأتك؟ قال لا والله لا أطلقها قال عمر لو طلقها لأوجعت رأسك بالوسط. رواه سعيد بن هشيم عن يونس بن عبيد عن ابن سيرين بهواه من هذا وقال من أهل المدينة وهذا قد تقدم فيه الشرط على العقد ولم يرب به عمر بأمرنا ولنا قول النبي ﷺ « لمن الله المحلل والمحلل له » وقول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم فذكر إجماعاً ولأنه قصد به التحليل فلم يصح كما لو شرطه وأما حديث ذي الرقعتين فقال أحمد ليس له إسناد يعمي أن ابن سيرين لم يذكر إسناداً إلى عمر وقال أبو عبيد هو مرسل فأين هو من الذي سمعوه بخطب به على المنبر لأمرني بمحل ولا يحلل له إلا رجعتما؟ ولأنه ليس فيه أن ذا الرقعتين قصد التحليل ولا نواه وإذا كان كذلك لم يتناول محل النزاع

فالقول قول المرأة لأن الظاهر معها وفي كل موضع حكمتنا بوطئه بطل حكم عقده فإن كان في ابتداء الإمر لم يضرب له مدة وإن كان بعد ضرب المدة انقطعت وإن كان بعد انقضائها لم يثبت له خيار وكل موضع حكمتنا بعدم الوطء منه حكمتنا بعنته كما لو اقربها واختار أبو بكر أنه زوج امرأة لها حظ من الجمل ويسطي صداقها من بيت المال ويخلى وتساءل عنه ويؤخذ بما تقول فإن أخبرت بأنه يط كذبت الأولى والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ وإن كذبت به فرق بينه وبينهما وصداق الثانية من ماله هذا لما روي أن امرأة جاءت إلى سمرة فشكت إليه أنه لا يصل إليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب إليه أن زوجة امرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسقى إليها من بيت المال عنه فإن أسأها فقد كذبت وإن لم يصبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما وقال الاوزاعي تشدهم امرأتان ويترك بينهما ثوب ويحجم امرأته فإذا قام عنها نظرنا إلى فرجها فإن كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا وحكي عن مالك مثل ذلك إلا أنه أكنفى بواحدة والصحيح أن القول قوله لما ذكرنا وكذا لو ادعى الوطء في الأيلاء واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد يظأ ولا ينزل وقد ينزل من غير وطء فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الطهر ونزول الماء وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض الأحوال وليس كل من عجز عن الوطء في حال من الأحوال أو وقت من الاوقات

(فصل) فان شرط عليه أن يحلها قبل العقد فزوى بالعقد غير ما شرطوا عليه وقصد نكاح رغبة صح العقد لانه خلا عن نية التحليل وشرطه فصيح كما لو لم يذكر ذلك وعلى هذا يحمل حديث ذي الرقعتين وان قصرت المرأة التحليل أو وليها دون الزوج لم يؤثر ذلك في العقد وقال الحسن وإبراهيم إذا هم أحد الثلاثة فسد النكاح ، قال أحمد كان الحسن وإبراهيم والتابعون يشددون في ذلك ، قال أحمد الحديث عن النبي ﷺ « أنريدن أن ترجعي إلى رفاة ؟ » ونية المرأة ليس بشيء إنما قال النبي ﷺ « لعن الله المحلل والمحلل له » ولأن العقد إنما يبطل بنية الزوج لانه الذي إليه المفارقة والامساك أما المرأة فلا تملك رفع العقد فوجود نيتها وعدمها سواء . وكذلك الزوج الاول لا يملك شيئاً من العقد ولا من رفعه فهو أجنبي كسائر الأجانب ، فان قيل كيف لعنه النبي ﷺ ؟ قلنا إنما لعنه إذا رجع إليها بذلك التحليل لأنها لم تحل له فكان زانياً فاستحق اللعنة لذلك

(فصل) فان اشترى عبداً فزوجه إياه ثم وهبها إياه لينفسخ النكاح بملكه له لم يصح ، قال أحمد في رواية حنبل إذا طلقها ثلاثاً وأراد أن يراجعها فاشترى عبداً فأعتقه وزوجه إياه فهذا الذي نهى عنه عمر يؤدبان جميعاً وهذا فاسد ليس بكف ، وهو شبه المحلل ، وعلل أحمد فسادَه بشيئين [أحدهما] شبهه بالمحلل لانه إنما تزوجه إياها ليحلها له [والثاني] كونه ليس بكف ، لها وتزوجها لم يأت حال كونه عبداً أبان في هذا المعنى لان العبد في عدم الكفاة أشد من المولى والسيد له سبيل إلى إزالة نكاحه من

يكون عينا ولذلك جعلنا مدته سنة وتزوجها بأمرأة ثانية لا يصح لذلك أيضا ولانه قد ينس عن امرأة دون أخرى ولان نكاح الثانية ان كان موقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام وان كان صحيحاً لازماً ففيه اغرار بالثانية ولا ينبغي ان يقبل قولها لأنها تريد بذلك تخلص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق ان يقبل قولها من الاولى ولان الرجل لو أقر بالجزء عن الوطء في يوم أو شهر لم تثبت عنه بذلك وأكثر ما في الذي ذكره ان ثبت عجزه عن الوطء في اليوم الذي اختبروه فيه وإذا لم يثبت حكم عنه باقراره بعجزه فلان لا يثبت بدعوى غيره ذلك عليه أولى

(فصل) القسم الثاني يختص النساء وهو شيثان (الرقيق) وهو كون الفرج مسدوداً لا مسلكاً للذكر فيه وكذلك القرن والعفل وهو لحم يحدث فيه يسده وقبل القرن عظم والعفل رغبة تحدث فيه تمنع لذة الوطء (الثاني) الفتق وهو انخراق ما بين السيلين وقبل انخراق ما بين مخرج البول والمثني

(فصل) قال رضي الله عنه (القسم الثالث) مشترك بينهما وهو الجذام والبرص والجنون سواء كان مطبقاً أو يحن في الاحيان فهذه الأقسام ثبتت بها خيار الفسخ رواية واحدة لما سبق وقد ذكرنا دليل ذلك والخلاف فيه (فصل) واختلف اصحابنا في البحر وهو نتن في الفم وقال ابن حامد نتن في الفرج يثور عند

غير ارادته بأن يهبه للمرأة فينفسخ نكاحه بملكها إياه والمولى بخلاف ذلك ، ويحتمل أن يصح النكاح إذا لم يقصد العبد التحليل لأن المعتبر في الفساد نية الزوج لا نية غيره ولم ينو وإذا كان مولى ولم ينو التحليل فهو أولى بالصحة لأنه لا سبيل لمعتقه إلى فسخ نكاحه ولا عبرة بنيته

(فصل) ونكح المحلل فاسد يثبت فيه سائر أحكام العقود الفاسدة ولا يحصل به الإحصان ولا الإباحة للزوج الأول كما لا يثبت في سائر العقود الفاسدة ، فإن قيل فقد سماه النبي ﷺ محملاً وسمى الزوج محملاً له ولو لم يحصل الحل لم يكن محملاً ولا محملاً له قلنا إنما سماه محملاً لأنه قصد التحليل في موضع لا يحصل فيه الحل كما قال « ما آمن بالقرآن من استحله محارمه » وقال الله تعالى [يحلونّه عاماً ويحرّمونه عاماً] ولو كان محملاً في الحقيقة والآخر محملاً له لم يكرنا ملعونين

(مسئلة) قال رحمه الله (وإذا عقد المحرم نكاحاً لنفسه أو لغيره أو عقد نكاحاً لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد)

وجملته أن المحرم إذا تزوج لنفسه أو عقد النكاح لغيره ككونه ولياً أو وكيلاً فإنه لا يصح أقول النبي ﷺ « لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخاطب » رواه مسلم . وإن عقد الحلال نكاحاً لمحرم بأن يكون وكيلاً له أو ولياً عليه أو عقده على محرمة لم يصح لدخوله في عموم الحديث لأنه إذا تزوج له

الوطء واستطلاق البول والنجو والقروح السيالة في الفرج والخصاء وهو قطع الخصيتين والسل هو سل البيضتين والوجى وهو رضا وفي كونه ختي وفيها إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله أو حدث به العيب بعد المقد هل يثبت الخيار؟ على وجهين (أحدهما) لا يثبت الخيار وهو المفهوم من كلام الحارثي ثم ذكر العيوب التي تثبت الخيار في فسخ النكاح ولم يذكر شيئاً من هذه لأن ذلك لا يمنع من الاستمتاع ولا يخفى تعديده فلم يثبت به الخيار كالعمى والعرج ولأن ذلك إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ولا نص فيها ولا إجماع ولا يصح قياسها على العيوب المثبتة للخيار لما بينهما من الفرق فإن الوطء مع هذه العيوب يمكن بل قد قيل أن الخصى أقدر على الجماع لأنه لا يعتبر بانزال الماء والختنى فيه خلقة زائدة لا تمنعه الجماع أشبه اليد الزائدة وإذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله فلا خيار لانهما تساويان فلا مزية لأحدهما على صاحبه والوجه (الثاني) له الخيار وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاه فلا خير الخيار ويتخرج على ذلك من به الباسور والقروح السيالة في الفرج ذكره أبو الخطاب لأنها تثير نفرة وتعدى نجاستها وتسمى من لا يجبس نجوها الشريم ومن لا يجبس بولها الماشولة ومثلها من الرجال الأفين وقال أبو حفص والخصاء عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي لأن فيه نفصاً وطراً وينع الوطء أو يضعفه وقد روى أبو عبيد باسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سند تزوج امرأة وهو خصى فقال له عمر أعلمتها؟ قال لا قال أعلمتها ثم خيّرهما وفي البخر وكون أحد الزوجين ختي

وكيله فقد نكح ، وحكى القاضى في كون المحرم ولها نفيره روايتين [إحداهما] لا تصح وهي اختيار الخرقى [والثانية] تصح وهي اختيار أبي بكر لان النكاح حرم على المحرم لانه في دواعي الوطء المنسد للحج ولا يحصل ذلك فيه بكونه ولها نفيره والاول اول لدخوله في عموم الخبر ولانه عقد لا يصح للمحرم فلا يصح منه كسراء الصيد وقدمت هذه المسئلة في الحج بأبسط من هذا الشرح

(مسئلة) قال رحمه الله (وأي الزوجين وجد بصاحبه جنونا أو جذاما أو برصا أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو غنلاء أو فتقاء أو الرجل مجنونا فلهن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة [الاول] ان خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده في صاحبه في الجملة تروى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وبه قال جابر والشافعي واسحاق وروى عن علي لا ترد الحرة بعيب وبه قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي ، وعن ابن مسعود لا يفسخ النكاح بعيب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه الا أن يكون الرجل مجربا أو عتينا فان للمرأة الخيار فان اختلفت الفرق اختلف الحكم بينهما بطائفة ولا يكون فسخا لان وجود العيب لا يقتضي فسخ النكاح كالعلمى والزمانه وسائر العيوب

غير مشكل وجهان (أحدهما) يثبت الخيار لان فيه نفرة ونقصا وعارا وبخرا تن وقال ابن حامد تن في الفرج يثور عند الوطء وهذا ان اراد به انه يسمى بخرا أو يثبت الخيار والا فلا معنى له فان تن الغم يسمى بخرا ويمنع منارئة صاحبه الاعلى كره وماعدا هذه من العيوب لا يثبت الخيار وجها واحدا كالفرع والعمى والرج وقطع اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا ينجس تعديده ولا تعلم في هذا بين أهل العلم خلافا الا ان الحسن قال اذا وجد احدهما الآخر عقبا بخير واحب احمد ان يبين امره وقال عسى امرأته تريد الولد وهذا في ابتداء النكاح فأما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت لذلك ثبت في الآيسة ولان ضده يعلم فان رجلا لا يولد لاحدهم وهو شاب . ثم يولده وهو شيخ ولا يتحقق ذلك منها وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم والله اعلم

وأما اذا وجد احدهما بصاحبه عيا به مثله ففيه وجه انه يثبت الخيار لوجود سببه كما لو غر عبد بامة ولان الانسان قد يأنف من عيب غيره ولا يأنف من عيب نفسه

(فصل) وأما اذا وجد أحدهما بصاحبه عيا به عيب من غير جنسه كالابرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه الا ان يجد المحبوب المرأة رتقاء فلا ينبغي ان يثبت لها خيار لان عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع وانما امتنع لعيب نفسه (فصل) وان حدث العيب بعد العقد فيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الخرقى

ولنا أن المختلف فيه عيب يمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب والعنة ولأن المرأة أحد العوضين في النكاح فجاز ردها بعيب كالصدق أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب أو أحدا الزوجين فثبت له الخيار بالعيب في الآخر كالمرأة ، وأما غير هذه العيوب فلا يمنع المقصود بعقد النكاح وهو الوطء بخلاف العيوب المختلف فيها ، فإن قيل فالجنون والجذام والبرص لا يمنع الوطء قلنا بل يمنعه فإن ذلك بوجوب نفرة تمنع قربانه بالكيفية ومنه ويخاف منه التعدي إلى نفسه ونسله والجنون بخاف منه الجناية فصار كالماتم الحسي

(الفصل الثاني في عدد العيوب المحوزة للفسخ)

وهي فيما ذكر الحرق ثمانية . ثلاثة يشترك فيها الزوجان وهي الجنون والجذام والبرص ، واثنان يختصان الرجل وهما الجب والعنة ، وثلاثة تختص بالمرأة وهي العتق والقرن والعفل ، وقال القاضي هي سبعة جعل القرن والعفل شيئا واحداً وهو الرتق أيضاً وذلك لحم ينبت في الفرج ، وحكي ذلك عن أهل الأدب ، وحكي نحوه عن أبي بكر ، وذكره أصحاب الشافعي وقال الشافعي القرن عظم في الفرج يمنع الوطء ، وقال غيره لا يكون في الفرج عظم إنما هو لحم ينبت فيه ، وحكي عن أبي حفص أن العفل كالرغوة في الفرج بمنع لذة الوطء فعلى هذا يكون عيباً نائياً ، وقال إبي الخطاب الرتق أن يكون الفرج مسدوداً يعني أن يكون ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه ، والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج فيسددها

لأنه قال فإن جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لأنه عيب في النكاح ثبت الخيار مقارناً فأثبتته كالاعسار والرق فإنه يثبت الخيار إذا قارن مثل أن تفر الأمة من عبد ويثبتها إذا طرأت الحرية إذا اعتقت الأمة تحت العبد ولأنه عقد على منفعة فحدوث العيب بها يثبت الخيار كالأجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع والصحيح الأول وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الأجارة ، وقال أصحاب الشافعي إن حدث بالزوج أثبت الخيار وإن حدث المرأة فكذلك في أحد الوجهين ولا يثبت في الآخر لأن الرجل يمكنه طلائها بخلاف المرأة . ولنا أنهما تساويان فيما إذا كان العيب سابقاً فتساويا فيه لاحقاً كالمبتاعين (مسألة) (وإن علم بالعيب وقت العقد أو قال قد رضيت بها معيبة بعد العقد أو وجد منه

دلالة على الرضى من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب فلا خيار له لأن العلم فيه خلافاً)

لأنه رضي به فأشبهه بمشترعي المعيب ، وإن ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كن ظن البرص في قليل من جسدها فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لأنه من جنس ما رضي به ، وإن رضي بعيب فبان غيره فله الخيار لأنه وجد بها عيباً لم يرض به ولا يجنس نفسه فيثبت له الخيار كالمبيع إذا رضي بعيب فيه فوجد به غيره ، وإن رضي بعيب فزاد بعد العقد كان قليل من البرص فأنه سطي جلدتها فلا خيار له لأن رضاه به رضا بما يحدث منه

في معنى الرق الا انها نوع آخر ، وأما الفتق فهو انخراق ما بين مجرى البول ومجرى المثني ، وقيل ما بين القبل والدبر ، وذكرها أصحاب الشافعي سبعة أسقطوا منها الفتق ومنهم من جعلها ستة جعل القرن والعقل شيئا واحداً وإنما اختص الفسخ بهذه العيوب لانها تمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح فان الجذام والبرص يشيران فقرة في النفس تمنع قربانه ويخشى تعديبه إلى النفس والنسل فيمنع الاستمتاع والجنون يشير فقرة ويخشى ضرره والجب والرق يتعذر معه الوطء والفتق يمنع لذة الوطء وقائده وكذلك العقل على قول من فسره بالرغبة فان اختلفا في وجود العيب مثل أن يكون بجسده يباح بمكان أن يكون بهما أو مراراً واختلفا في كونه برصاً أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين فاختلفا في كونه جذاماً فان كانت للمدعي بيته من أهل الخبرة والثقة بشهدان له بما قال ثبت قوله وإلا حلف المنكر والقول قوله لقول النبي ﷺ واسكن اليمين على المدعي عليه وان اختلفا في عيوب النساء أريت النساء الثقات ويقبل فيه قول امرأة واحدة فان شهدت بما قال الزوج وإلا فالقول قول المرأة وأما الجنون فانه يثبت الخيار سواء كان مطبقاً أو كان يجن في الاحيان لأن النفس لا تسكن إلى من هذا حاله إلا أن يكون مريضاً يعفى عليه ثم يزول فذلك مرض لا يثبت به خيار فان زال المرض ودام به الاغيا فهو كالجنون يثبت به الخيار وأما الجب فهو أن يكون جميع ذكره مقطوعاً أو لم يبق منه إلا مالا يمكن الجماع به فان بقي منه ما يمكن الجماع به وينبغي منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها لان الوطء

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع به من الزوج أو المتكئين من المرأة ، هذا ظاهر كلام الخري في قوله فان علمت انه عني فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فإنا ذلك وذكر القاضي انه على الفور وهو مذهب الشافعي فتى آخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكذلك على الفور كذا المبيم المعيب . ولنا انه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار المصاص وخيار العيب في المبيم ممنوع ثم الفرق بينهما ان ضرره في المبيم غير متحقق لانه قد يكون المقصود ما ليقته أو خدمته وبحصل ذلك مع عيبه وهذا المقصود الاستمتاع وذلك يفوت بعنته ، وأما خيار الحشفة والمجلس فهو لعدم ضرره غير متحقق

(مسئلة) (ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم لانه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالثقة وبخلاف خيار المعتقة لانه متفق عليه)

(مسئلة) (فان فسخ قبل الدخول فلا مهر وإن فسخ بعده فعليه مهر المسحوق وقبل عنه مهر المثل) أما إذا فسخ قبل الدخول فلا مهر عليه سواء كان من الزوج أو من المرأة وهذا قول الشافعي لان الفسخ إن كان منها فالفرقة من حبتها فيسقط مهرها كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى ، وإن كان منه فالما فسخ بعيب بها دلسته بالاخفاء فصار الفسخ كأنه منها فان قيل فهل جعلتم فسخها لعنته كأنه منه لحصوله بتدليس ؟ قلنا العوض من الزوج في مقابلة منافعتها فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقد

يمكن وإن اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة لانه يضمف بالقطع والاصل عدم الوطء ويحتمل أن القول وله كما لو ادعى الوطء في العنة ولأن له ما يمكن الجماع بثبته فأشبهه من له ذكر قصير

(الفصل الثالث) أنه لا يثبت الخيار لغير ما ذكرناه لانه لا ينسج من الاستمتاع بالمعقود عليه ولا يخشى تعديه فلم يفسخ به النكاح كالعمى والعرج ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو إجماع أو قياس ولا نص في غير هذا ولا إجماع ولا يصح قياسها على هذه العيوب لما بينهما من الفرق ، وقال أبو بكر وأبو حفص إذا كان أحدهما لا يستمسك بوله ولا خلاؤه فلا آخر الخيار ، قال أبو الخطاب ويخرج على ذلك من به الباسور والناسور والفروح السميالة في الفرج لانهما تثير نفرة وتعدى نجساستها وتسمي من لا ينجس نجسها الشريف ومن لا ينجس بولها الماشو له ومثلها من الرجال الاثني ، وقال أبو حفص والخضاء عيب يرد به وهو أحد قولي الشافعي لأن فيه نقصاً وعاراً ويمتنع الوطء أو يضعفه

وقد روى أبو عبيد بإسناده عن سليمان بن يسار أن ابن سندر تزوج امرأة وهو خصي فقال له امرأ علمتها ؟ قال لا ، قال اعلمها ثم خيرها وفي البخر وكون أحد الزوجين خنثى وجهان (أحدهما) يثبت الخيار لأن فيه نفرة ونقصاً وعاراً والبخر ثنتي الفم ، وقال ابن حامد هو ثنتي في الفرج يشور عند الوطء وهذا إن أراد به أنه يسمى أيضاً بخرأ ويثبت الخيار وإلا فلا معنى له فان ثنتي الفم يسمى بخرأ ويمتنع مقاربه صاحبه الا على كره وماعدا هذا فلا يثبت الخيار وجهاً واحداً كالقرع والعمى

عليه رجع العوض الى العاقد مدها وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وانما يثبت لها لاجل ضرر ياحتملها لا لتعذر ما استحققت عليه في مقابلة عوضاً فافترقا

(فصل) : إن كان الفسخ بعد الدخول فاما المهر لانه يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلم يسقط بمحادث بعده ولذلك لا يسقط بردها ولا يفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى ، وذكر القاضي في المجرد فيه روايتين (إحداهما) يجب المسمى (والاخرى) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد ، وقال الشافعي الواجب مهر المثل لأن الفسخ استند الى العقد الفاسد

وانما انها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة كالمثقة تحت عبد ، والدليل على أن النكاح صحيح انه وجد بشرطه وأركانها فكان صحيحاً كما لو لم يفسخه ولانه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فكذلك اذا فسخه كنكاح الامة اذا عتقت تحت عبد ولانه تترتب عليه أحكام الصعة من ثبوت الاحصان والاباحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحيح ولانه لو كان فاسداً لما جاز بقاءه وتعين نسخه وما ذكره لا يصح فان الفسخ يثبت حكمه من حينه غير سابق عليه وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعاً على غيرها وكذلك لو فسخ البيع بعيب لم يهر العقد فاسداً ولا يكون النماء لغير المشتري ، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب به مهرها فكذلك النكاح (مسئلة) (ويرجع به على من غرد من المرأة والولي وعنه لا مرجع)

والعرج وقطم اليدين والرجلين لانه لا يمنع الاستمتاع ولا يخشى تعديبه ولا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا إلا أن الحسن قال إذا وجد الآخر عيبا بخير وأحب أحد تبين أمره وقال عيسى أمز أنه تريد الولد وهذا في انتهاء النكاح أما الفسخ فلا يثبت به ولو ثبت بذلك لثبت في الآية ، ولأن ذلك لا يعلم فإن رجلا لا يراد لأحدهم وهو شاب ثم يولد له وهو شيخ فلا يتحقق ذلك منها ، وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندم والله أعلم

(الفصل الرابع) أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيبا وبه عيب من غير جنسه كالابرص يجمد المرأة مجنونة أو مجذومة فلكل واحد منهما الخيار لوجود سببه إلا أن يجمد المحبوب المرأة رتقاء فلا ينبغي أن يثبت لها الخيار لأن عيبه ليس هو للمائم لصاحبه من الاستمتاع وإنما امتنع لعيب نفسه وإن وجد أحدهما به صاحبه عيبا به مثله ففيه وجهان أحدهما لا خيار لهما لانهما متساويان ولا مزية لأحدهما على صاحبه فأشبهها الصحيحين (والثاني) له الخيار لوجود سببه فأشبهه ما لو غر عبد بآمة

(فصل) وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد ففيه وجهان (أحدهما) يثبت الخيار وهو ظاهر قول الحرقي لانه قال فإن جب قبل الدخول فلها الخيار في وقتها لانه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنا فأثبت طارئا كالأعسار والكارق فإنه يثبت الخيار إذا قارن مثل أن تغر الآمة من عبد ويثبت إذا طرأت الحرية مثل أن عتقت الآمة نحت العبد ولانه عند على منفعة فحدث العيب بها يثبت الخيار

المذهب انه يرجع وهو الذي ذكره الحرقي ، وقال أبو بكر فيه رواية أخرى انه لا يرجع . قال شيخنا : والمصحيح ان المذهب رواية واحدة انه يرجع فان أحد قال كنت أذهب الى قول علي فبينه فملت الى قول عمر : إذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فان لها صداقها بمسبسته إياها ووليها ضامن للصدق وهذا يدل على انه يرجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقنادة ومالك والشافعي في القديم وروى عن علي انه لا يرجع وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما يتوفى بدله وهو الوطء فلا يرجع به على غيره وكما لو كان المبيع معينا فأكله

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب : أما رجل تزوج امرأة بها جنون أو جذام أو برص ففسها فلها صداقها . وذلك لزومها غرم على وليها ولانه غره في النكاح بما يثبت الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بحرية أمة ، إذا ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وإن لم يكن علم فالغريم من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق وإن اختلفوا في علم الولي فشهدت عليه بيعة بالاقرار بالعلم وإلا فالقول قوله مع يمينه وقال الزهري وقنادة إن علم الولي غرم وإلا استحلقت بأفقه انه ما علم ثم هو على الزوج ، وقال القاضي إن كان أباً أو جدّاً أو ممن يجوز له أن يراها فالغريم من جهته علم أولم يعلم ، وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غرم ، وإن أنكر ولم تنق البينة باقراره فالقول قوله مع يمينه ويرجع على المرأة بجميع الصداق ، وهذا قول مالك إلا انه قال إذا

كالاجارة (والثاني) لا يثبت الخيار وهو قول أبي بكر وابن حامد، ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد أشبه الحادث بالمبيع وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الاجارة، وقال أصحاب الشافعي ان حدث بالزوج ثبت الخيار، وان حدث بالمرأة فكذلك في أحد الوجهين والآخر لا يثبت لان الرجل يمكنه طلاقها بخلاف المرأة

ولنا أنهما تساويا فيما اذا كان العيب سابقا قد اوبا فيه لاحقا كالنبايين

(فصل) ومن شرط بثبوت الخيار هذه العيوب أن لا يكون عالما بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده فان علم بها في العقد أو بعده فرضي فلا خيار له لان علم فيه خلافا لانه رضي به فأشبهه بمشترى المعيب، وان ظن العيب يسيراً فبان كثيراً كمن ظن أن البرص في قليل من جسده فبان في كثير منه فلا خيار له أيضاً لانه من جنس ما رضي به، وان رضي بعيب فبان به غيره فلا خيار لانه وجد به عيب لم يرض به ولا يجنسه فثبت له الخيار كلياً اذ رضي بعيب فيه فوجد به غيره وان رضي بعيب فزاد بعد العقد كان به قابل من البرص فانبسط في جلده فلا خيار له لان رضاه به رضي بما يحدث منه

(فصل) وخيار العيب ثابت على التراخي لا يقطع مالم يوجد منه ما يدل على الرضى به من القول والاستمتاع من الزوج أو التمسكين من المرأة. هذا ظاهر كلام الحنفي لقوله فان علمت أنه عيب فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك، وذكر القاضي أنه على الفور وهو مذهب الشافعي فتى آخر الفسخ مع العلم والامكان بطل خياره لانه خيار الرد بالعيب فكان على الفور كالقبي في البيع

ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به فلا نصير كالموهوبة، والشافعي قولان كقول مالك والقاضي ولنا على ان الولي اذا لم يعلم لا يفرم أن النكاح يبرم من غيره فلم يفرم كما لو كان ابن عم وعلى انه يرجع بكل الصداق لانه مفرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها إلا في اختون فانه لا يحد بخفي على من يراها إلا أن يكون غائباً. وأما الرجوع بالمهر فانه بسبب آخر فيكون بمنزلة الموهوبة الموهوبة إياه بخلاف الموهوبة

(فصل) فان طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزانه فلم يرجع على أحد وإن ماتت أو مات قبل الدخول بالعيب فلها الصداق كاملاً ولا يرجع به على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يجد ردها استقر الصداق بالموت ولا يرجع به

(فصل) ولا سكنى لها ولا نفقة لان ذلك انما يجب لمن زوجها عليها الرجعة وهذه تميز بالفسخ كما تبين بالثلاث وليس لزوجها عليها رجعة فلم يجب لها نفقة ولا سكنى لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس « النفقة والسكنى للمرأة اذا كان زوجها عليها الرجعة » رواه النسائي، وهذا اذا كانت حائلاً فان كانت حاملاً فلها النفقة لأنها بائن من نكاح صحيح وهي حامل فكانت لها النفقة كالمطلقة

ولنا أنه خيار له للدفع ضرر متحقق فكان على التراخي كخيار التصاوص، وخيار العيب في المبيع بمنه ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق لأنه قد يكون المقصود ماله أو خدمته وبمحصل ذلك مع عيبه وهذا المقصود الاستمتاع وينوت ذلك بعيبه، وأما خيار المجبرة والشفعة والمجاس فهو للدفع ضرر غير متحقق

(فصل) ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم لأنه مجتهد فيه فهو كفسخ العنة والفسخ للاعسار بالدفعة وبخالف خيار المنة فإنه متفق عليه

﴿ مسألة ﴾ (قال وإذا فسخ قبل المسيس فلا مهر وإن كان بعده وادعى أنه ما علم حلف وكان له أن يفسخ وتليه المهر يرجع به على من غره)

الكلام في هذه المسئلة في فصول أربعة (أحدها) أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول فلا مهر لها عليه سواء كان من الزوج أو المرأة وهذا قول الشافعي لأن الفسخ إن كان منهما فالفرقة من حيثها فسقط مهرها كما لو فسخه برضاع زوجة له أخرى، وإن كان منه فأنما فسخ لعيب بها دلسته بالاخذاء فصار الفسخ كأنه منها، فإن قيل فهلا جعلتم فسخها لعيب كأنه منه لجهوله بتدليس؟ قلنا الدوض من الزوج في مقابلة منافعها فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه رجع العوض إلى العاقد معها وليس

ثلاثا والخمسة وفي السكنى، وإيتان، وقال القاضي لا نفقة لها وإن كانت حاملا في أحد الوجهين لأنها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لأن النفقة للعامل والحمل لاحق به ونبوه على النكاح الفاسد وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس لولي صغيرة ولا مجنونة ولا سيدة أمة تزويجها معيا) لأنه ناظر لهم بما فيه الحظ، ولا حظ لهم في هذا العقد فإن زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح وكذلك الحكم في الصغير لأنه عقد لهم عقدا لا يجوز عقده فلم يصح كما لو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة، وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهم معيا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ إذا علم لأن عليه النظر لهم فيما فيه الحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لأنه زوجهم من لا يملك تزويجهم إياه فلم يصح كما لو زوجهم ممن يحرم عليهم .

﴿ مسألة ﴾ (وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها) بغير خلاف فلهما لأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالاستمتاع أولى .

﴿ مسألة ﴾ (فإن اختارت الكبيرة تزويج محبوب أو غني لم يملك منها)

لأن الحق لها في أحد الوجهين . والوجه الثاني له أن يمنحها

من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج وانما ثبت لها الخيار لاجل ضرر ياحقها لا لتعذر ما استحققت عليه في مقابلته عوضاً فافترقا

[الفصل الثاني] ان الفسخ إذا كان بعد الدخول فإلها المهر لان المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول فلا يسقط بمحادث بعده ولذلك لا يمتطير دنها ولا يفسخ من جهتها ويجب المهر المسمى، وذكر القاضي في المجرى في روايتين (إحداهما) يجب المسمى (والآخر) مهر المثل بناء على الروايتين في العقد الفاسد وقال الشافعي الواجب مهر المثل لان الفسخ امتد الى العقد فصار كالعقد الفاسد

وانما فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح فوجب المسمى كغير المعيبة وكالمعتقة تحت عبد، والدليل على أن النكاح صحيح انه وجد بنزوله وأركانها فكان صحيحاً كما لو لم يفسخه ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحاً فذلك إذا فسخه كنكاح الامة إذا عتقت تحت عبد، ولأنه ترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الاحصان والاباحة للزوج الاول وسائر أحكام الصحة، ولأنه لو كان فاسداً لما جاز إتيانه وتعين فسخه، وما ذكره غير صحيح فان الفسخ يثبت مكنه في حينه غير سابق عليه وما وقع على مدة يستحيل أن يكون واقعاً على غيرها وكذلك لو فسخ البيع يجب لمصر العقد فاسداً ولا يكون النكاح لغیر المشتري، ولو كان المبيع أمة فوطئها لم يجب مهرها فكذلك النكاح

قال احمد ما يجبني أن يزوجه بعين وان رضيت الساعة تكره إذا أدخلت عليه، لان من شأنه انكاح، ويجبهن من ذلك ما يجبنا وذلك لان الضرر في هذا دائم، والرضى غير موقوف بدوامه ولا تمكن من التخلص اذا كانت طالة في ابتداء العقد وربما أنضى الى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فلك الولي منها كما لو أرادت نكاح من ليس بكف

وقال القاضي: له منها من نكاح المجنون، وليس له منها من نكاح المحبوب والعين لان ضررها عليها خاصة، وفي الأبرص والمجنون وجهان (أحدهما) لا يملك منها لان الحق لها والضرر عليها شبه المحبوب والعين. و (الثاني) له منها لان عليه ضرراً فيه فانه يتغير به ويختشي تعديبه الى الولد فأشبه الزوج بغير كف، وهذا مذهب الشافعي، والاولى أن له منها لان عليها فيه ضرراً دائماً وطاراً عليها وعلى أهلها فلك منها منه كالتزويج بغير الكف، فاما ان اتفاقاً على ذلك ورضيا به جاز وصح النكاح لان الحق لهما لا يخرج عنهما ويكره لهما ذلك لما ذكره أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الاولياء الاعتراض عليها ومنها من هذا التزويج لان العار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كف

(مسئلة) (فأما إن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك أجبارها على الفسخ إذا رضيت) لان حق الولي في ابتداء العقد لا في دوامه ولهذا لو دعت وليها الى تزويجها بعد لم تلزمه أجابها ولو اعتقت عبداً لم يملك أجبارها على الفسخ.

(الفصل الثالث) إذا علم بالعيب وقت العقد أو بعده ثم وجد منه رضى أو دلالة عليه كالدخل بالمرأة أو تمكينها إياه من الوطء لم يثبت له الفسخ لانه رضى بإسقاط حقه فقط كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه ، وإذا اختلفا في العلم فالقول قول من ينكره لان الأصل عدمه

(الفصل الرابع) انه يرجع بالمهر على من غره ، وقال أبو بكر فيه روايتان [احدهما] يرجع به [والاخرى] لا يرجع ، والصحيح أن المذهب رواية واحدة وانه يرجع به فان أحمد قال كنت أذهب الى قول علي فبهتته فمات الى قول عمر . اذا تزوجها فرأى جذاما أو برصا فان لها المهر بمسئسه اياها ووليها ضامن للصداق ، وهذا يدل على انه رجع الى هذا القول وبه قال الزهري وقتادة ومالك والشافعي في القديم ، وروى عن علي انه قال لا يرجع به وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء ، فلا يرجع به على غيره كما لو كان المبيع معيبا فأكله

ولنا ما روى مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال قال عمر بن الخطاب أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص ففسا فلها صداتها وذلك لزوجها غرم على وليها ، ولانه غره في النكاح بما يثبت به الخيار فكان المهر عليه كما لو غره بجمرة أمة ، فإذا ثبت هذا فان كان الولي علم غرم وان لم يكن علم فالتفريق من المرأة فيرجع عليها بجميع الصداق ، فان اختلفوا في علم الولي فشهدت بئنه عليه بالافرار بالعلم والا فالقول قوله مع يمينه قال الزهري وقتادة ان علم الولي غرم والا استحلف بالله العظيم انه ما علم ثم هو على الزوج

باب نكاح الكفار

وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب بدون تحريم المحرمات

وجملة ذلك ان أنكحتهم يتعلق بها أحكام النكاح الصحيح من وقوع الطلاق والظهار والابلاء ووجوب المهر والقسمة والاباحة للزوج الاول والاحصان وغير ذلك . ومن أجاز طلاق الكفار عطاء والشعبي والنخعي والزهري وحامد والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي ولم يجوزوه الحسن وقتادة وربيعة ومالك .

ولنا أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح فوقع كطلاق المسلم فان قيل لا نسلم صحة أنكحتهم قلنا دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء اليهم فقال (وامرأته حمالة الحطب) وقال (امرأة فرعون) وحقيقة الاضافة تقتضي زوجية صحيحة ولدت من نكاح لا من سفاح ، وإذا ثبتت صحتها ثبتت أحكامها كما نكحة المسلمين فعلى هذا اذا طلق الكافر ثلاثا ثم تزوجها قبل زوجا واصابة ثم أسلم لم يقرا عليه وان طاق امرأته أقل من ثلاث ثم أسلم فهي عنده على ما بقي من طلاقها وان نكحها كتابي وأصابها حلت لمطلقها ثلاثا سواء كان المطلق مسلما أو كافرا وان ظاهر الذي من امرأته

وقال القاضي ان كان أبا أو جدا أو من يجوز له ان يراها فالتعريض من جهته علم أو لم يعلم وان كان من لا يجوز له أن يراها كابن العم والمولى وعلم غم وان أنكر ولم تقم بينة باقراره فاقول قوله ، ويرجع على المرأة بمجهيم الصداق وهذا قول مالك الا انه قال اذا ردت المرأة ما أخذت ترك لها قدر ما تستحل به لئلا تصير كالموهوبة ولا شافعي ولان كقول مالك والقاضي

وانا على أن الولي اذا لم يعلم لا يغرّم ان التعريض من غيره فلم يغرّم كما لو كان ابن عم وعلى انه يرجع بكل الصداق انه غرور منها فرجع بكل الصداق كما لو غره الولي، وقولهم لا يخفى على من يراها لا يصح فان عيوب الفرج لا اطلاع له عليها ولا يحل له رؤيتها وكذلك العيوب تحت الثياب فصار في هذا كمن لا يراها الا في الجنون فانه لا يكاد يخفى على من يراها الا أن يكون غائبا وأما الرجوع بالمهر فانه لسبب آخر فيكون بنزلة مالو وهبت اياه بخلاف الموهوبة

(فصل) اذا طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب فعليه نصف الصداق ولا يرجع به لانه رضي بالتزام نصف الصداق فلم يرجع على أحد ، وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب فلها الصداق كاملا ولا يرجع على أحد لان سبب الرجوع الفسخ ولم يوجد وهما استقر الصداق بالموت فلا يرجع به

ثم أسلمنا عليه كفارة الظهار لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) الآية . فان آلى ثبت حكم الايلاء لقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) ويحرم عليهم ما يحرم في النكاح على المسلمين على ما ذكرنا في باب الحرمات في النكاح

﴿ مسألة ﴾ (ويقرون على الانكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها ولم يرتفعوا اليها)

انما يقرون بهذين الشرطين (أحدهما) أن لا يترافعا اليها (الثاني) أن يعتقدوا إباحتها ذلك في دينهم لان مالا يستقدون حله ليس من دينهم فلا يقرون عليه كالزنا والسرقه ، قال الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا) فبدل هذا على أنهم يخلون وأحكامهم اذا لم يحشوا اليها ولان النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر ولم يعترض عليهم في أنسكحهم مع علمه أنهم يستبيحون نكاح محارمهم ولانه أسلم خلق كثير في زمن النبي ﷺ فأقرهم على أنسكحهم ولم يكشف عن كيفيةها فاذا لم يرتفعوا لم تعرض لهم لانا صالحناهم على الاقرار على دينهم . وعن احمد في مجوسي تزوج كناية أو اشترى نصرانية قال يحال بينه وبينها قيل من يحول بينهما ؟ قال الامام قال أبو بكر لان علينا ضرراً في ذلك بتحريم أولاد النصرانية علينا وبجيء على قوله في تزويج النصراني المجوسية فيخرج من هذا أنهم لا يقيمون على نكاح محرم وان يحال بينهم وبين نكاح محارمهم فان عمر كتب ان فرقوا بين كل ذي رحم من المجوس وقال أحمد في مجوسي ملك أمة نصرانية يحال بينه وبينها ويجبر على بيعها لها ذين وله دين فان ملك نصراني مجوسية فلا بأس أن يطأها وقال أبو بكر عبد العزيز لا يباح له وطؤها أيضاً لما ذكرناه من الضرر

(مسئلة) قال (ولا سكنى لها ولا نفقة لان السكنى والنفقة انما تجب للمرأة زوجها له عليها الرجعة)

انما كان كذلك لانها تبين بالفسخ كما تبين بطلاق ثلاث ولا يستحق زوجها عليها رجعة فلم تجب لها سكنى ولا نفقة لقول رسول الله ﷺ لفاطمة بنت قيس « انما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان زوجها عليها الرجعة » رواه النسائي وهذا اذا كانت حائلا فان كانت حاملا فلها النفقة لانها بائن من نكاح صحيح في حال حملها فكانت لها النفقة كالطالقة ثلاثا والمختلعة وفي السكنى روايتان ، وقال القاضي لانفقة لها ان كانت حاملا في أحد الوجهين لانها بائن من نكاح فاسد وكذلك قال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين وفي الآخر لها النفقة لان النفقة للعمل والحمل لاحق به وبهوه على أن النكاح فاسد. وقد بينا صحته فيما مضى

(فصل) وليس لولي الصغير والصغيرة وسيد الامة تزويجهم لمن به أحد هذه العيوب لانه ناظر لهم بما فيه الحظ ولا حظ لهم في هذا العقد فان زوجهم مع العلم بالعيب لم يصح النكاح لانه عقد لهم عقداً لا يجوز عقده فلم يصح كولو باع عقاره لغير غبطة ولا حاجة وإن لم يعلم بالعيب صح كولو اشترى لهم معيبا لا يعلم عيبه ويجب عليه الفسخ اذا علم لان عليه النظر لهم بما فيه الحظ والحظ في الفسخ ويحتمل أن لا يصح النكاح لانه زوجهم ممن لا يملك تزويجهم اياه فلم يصح كولو زوجهم بمن يحرم عليهم

(مسئلة) (وإن أسلموا أو تراضوا اليها في ابتداء العقد لم يفسخ إلا على الوجه الصحيح مثل أنكحة المسلمين بالولي والشهود والایجاب والقبول)

لانه لا حاجة إلى عقد يخالف ذلك قال الله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وإن كان في إثباته لا يتعرض في كيفية عقدهم ولا تعتبر له شروط أنكحة المسلمين من الولي والشهود وصيغة الإيجاب والقبول وأشياء ذلك بلا خلاف بين المسلمين قال ابن عبد البر أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معاً في حال واحدة ان لها المقام على نكاحهما ما لم يكن بينهما نسب أو رضاع وقد أسلم خلق كثير في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم فأقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبي ﷺ عن شروط النكاح ولا كيفيته وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا

(مسئلة) (لكن ان كانت المرأة في هذه الحال ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب أو المعتدة أو المرتدة أو الوثنية والجوسية المطلقة ثلاثاً لم يقرأ)

لحديث عمر وان زوجها في العدة واسلما بعد انقضائها أقرا لانها مما يجوز ابتداء نكاحها وان تراضا اليها في العدة فسخ نكاحهما لانه لا يجوز ابتداء نكاحهما وان كان بينهما نكاح متعة لم يقرأ عليه لانه ان كان بعد المدة لم يبق بينهما نكاح وان كان في المدة فهما لا يستقدان تأييده والنكاح عقد

(فصل) وليس له تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها بغير خلاف نعلمه لأنها فلك الفسخ إذا علمت به بعد العقد فالامتناع أولى وإن أردت أن تزوج معيباً فله منعها في أحد الوجين قال أحمد ما يعجبني أن يزوجه بعين وإن رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه لأن من شأنه النكاح ويعجبني من ذلك ما يعجبنا وذلك لأن الضرر في هذا دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا يتمكن من التخلص إذا كانت عالة في ابتداء العقد وربما أفضى إلى الشقاق والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فلك الولي منعها كالأرادت نكاح من ليس بكف (والثاني) ليس له منعها لأن الحق لها وقال القاضي لا منهم من نكح المجنون وليس له منعها من نكاح المحبوب والعين لأن ضررها عليها خاصة وفي الأبرص والمجذوم وجهان (أحدهما) لا يملك منعها لأن الحق لها والضرر عليها فأشبهها المحبوب والعين (والثاني) له منعها لأن عليه ضرراً فإنه يتغير به ويخشى تعديه إلى الولد فأشبهه التزويج لمن لا يكتنفها وهذا مذهب الشافعي والأولى أن له منعها في جميع الصور لأن عليها فيه ضرراً دائماً وعار عليها وعلى أهلها فلك منها منه كالتزويج بغير كف، فأما إذا اتفقا على ذلك ورضي به جاز وصح النكاح لأن الحق لها ولا يخرج عنها ويكره لها ذلك لما ذكره الإمام أبو عبد الله من أنها وإن رضيت الآن تكره فيما بعد ويحتمل أن يملك سائر الأولياء الاعتراض عليهما ومنعها من هذا التزويج لأن العار يلحق بهم وينالهم الضرر فأشبه ما لو زوجها بغير كف، فأما إن حدث العيب بالتزوج ورضيته المرأة لم يملك وليها إجبارها على الفسخ لأن

مؤبد إلا أن يمتد فساد الشرط وحده وإن كان خيار مدة فأسلم فيها لم يقرأ لذلك وإن كان بعدها أقرأ لأنها يستقدان لزومه وكل ما اعتقدوه نكاحاً فهو نكاح يقررون عليه وما لا فلا
 ﴿مسئلة﴾ (وإن قهر حربي حرية فوطئها أو طاعته أو اعتقدها نكاحاً ثم أسلمها أقرأ عليه) لأنه نكاح لهم فيمن يجوز ابتداء نكاحها فأقرأ عليه كالنكاح بلا ولي وإن لم يعتقدها نكاحاً لم يقرأ عليه لأنه ليس من انكحتهم
 ﴿مسئلة﴾ (وإذا كان المهر مسمى صحيحاً أو فاسداً قبضته استقر وإن كان فاسداً فلم تقبضه فرض لها مهر المثل)

إذا أسلم الكفار وترافعوا إلينا بعد العقد والقبض لم تعرض لما فعلوه وما قبضت من المهر فقد نفذ وليس لها غيره حلالاً كان أو حراماً بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا) فأمر بترك ما بقى من دون ما قبض وقال تعالى (فمن جاءه موعظة من ربه فاتمى فله ما سلف وأمره إلى الله) ولأن التعرض للمقبوض بإبطاله يشق لتطول الزمان وكثرة تصرفاتهم في الحرام ففيه تغييرهم عن الإسلام فعفي عنه كما عفي عن ترك ما تركوه من الفرائض والواجبات ولا نهاتنا بقضائهم الذم لا فبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعا فيما فاسداً وتبايعوا فيما لم يتبايعا وكان المسمى حلالاً وجب ما سمي لأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح فوجب كتسمية المسلم وإن كان حراماً كالخمر والخنزير بطل ولم يحكم به لأن ما سمي لا يجوز

حقه في ابتداء العقد لاني دوامه ولهذا لودعت وليها إلى تزويجها بعبد لم يلزمه إجابتها ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ

(مسئلة) قال (واذا عتقت الامة وزوجها عبد فلها الخيار في فسخ النكاح)

أجمع أهل العلم على هذا ذكره ابن المنذر وابن عبد البر وغيرهما والاصل فيه خير بريرة قالت عائشة كانت بريرة فخرها رسول الله ﷺ في زوجها وكان عبداً فاختارت نفسها قال عروة ولو كان حراماً ما خبرها رسول الله ﷺ رواه مالك وأبو داود والنسائي ولأن عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد فكان لها الخيار كما لو تزوج حرة على أنه حر فإن اختارت الفسخ فإياها فراقه وإن رضيت للمقام معه لم يكن لها فراقه بعد ذلك لأنها أسقطت حتمها وهذا لا خلاف فيه بحمد الله (فصل) وإن عتقت تحت حر فلا خيار لها وهذا قول ابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وسليمان بن يسار وأبي قلابة وابن أبي ليلى ومالك والافاعي والشافعي وإسحاق وقال طائفة وابن سيرين ومجاهد والنخعي وحاد بن حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي لها الخيار لما روى الاسود عن عائشة أن النبي ﷺ خير بريرة وكان زوجها حراً ربه الذناني ولأنها كملت بالحرية فكان لها الخيار كما لو كان زوجها عبداً

إجابه في الحكم ولا يجوز أن يكون صداقاً لمسلم ولا في نكاح مسلم ويجب مهر المثل إن كان قبل الدخول ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وقال أبو حنيفة إن كان أصدقها خيراً أو خبزيراً معينين فليس لها إلا ذلك وإن كانا غير معينين فلها في الخبز القيمة وفي الخنزير مهر المثل استحساناً

ولنا إن الخبز لا قيمة له في الاسلام فكان الواجب مهر المثل كما لو أصدقها خنزيراً ولأنه محرم أشبه الخنزير

(فصل) وإن قبضت بعض الحرام دون بعض سقط من المهر بقدر ما قبضت ووجب بمحض ما بقي من مهر المثل فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية فقبضت منها خمسة سقط نصف المهر ووجب لها نصف مهر المثل وإن كانت مختلفة اعتبر ذلك بالكيل في أحد الوجهين لأنه إذا وجب اعتباره اعتبر ذلك بالكيل فيما له مثل يتأني الكيل فيه (والثاني) يقسم على عددها لأنه لا قيمة لها فاستوى كبيرها وصغيرها وإن أصدقها عشرة خنازير ففيه الوجهان (أحدهما) يقسم على عددها لما ذكرنا (والثاني) تعتبر قيمتها كأنها مما يجوز كما تقوم شجاج الحر كانه عبداً وإن أصدقها كلباً وخنزيرين وثلاث زقاق خمر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقسم على قدر قيمتها عند دم (والثاني) يقسم على عدد الاجناس فيجمل لكل جنس ثلث المهر (والثالث) يقسم على العدد فلكل واحد سدس المهر ولكل سبعة

ولنا أنها كانت زوجها في الكمال فلم يثبت لها الخيار كما لو أسلمت الكتانية نحت مسلم فأما خبر الاسود عن عائشة فقد روى عنها القاسم بن محمد وعروة أن زوج بريرة كان عبداً وهما أخض بها من الاسود لانهما ابن أخيها وابن أختها وقد روى الاعمش عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة أن زوج بريرة كان عبداً فمارضت روايته وقال ابن عباس كان زوج بريرة عبداً أسود لبني المغيرة يقال له مغيث رواه البخاري وغيره وقالت صفية بنت أبي عبيد كان زوج بريرة عبداً قال أحد هذا ابن عباس وعائشة قالوا في زوج بريرة إنه عبد ورواية علماء المدينة وعلمهم وإذا روى أهل المدينة حديثاً وعملوا به فهو أصح شيء وإنما يصح أنه حر عن الاسود وحده وأما غيره فليس بذلك قال والعقد صحيح فلا يفسخ بالتحناف فيه والحرفيه اختلاف والعبد لا اختلاف فيه ويخالف الحر العبد لأن العبد ناقص فإذا قلت نحتت تضررت يبقائها عنده بخلاف الحر

(فصل) وفرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق نص عليه أحمد ولا أعلم فيه خلافاً قيل لأحمد لم لا يكون طلاقاً؟ قال لأن الطلاق ما تسكلم به الرجل ولأنها فرقة لاختيار المرأة فكانت فسخاً كالفسخ لعنة أو عته .

ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه ومذهب الشافعي على نحو هذا (فصل) فإن نكحها نكاحاً فاسداً وهو ما لا يقرون عليه إذا أسلموا نكاح ذوات الرحم فأسلما قبل الدخول أو ترافعا إلىنا فرق بينهما ولا مهر لها ، قال أحمد في المجوسية نكح أخوها أو أبيها فيطلقها أو يموت عنها فمرتفع إلى المسلمين لا مهر لها وذلك لأنه نكاح باطل من أصله لا يقر عليه في الاسلام وجدت فيه الفرقة قبل الدخول ، وأما إن دخل بها فهل يجب مهر المثل ؟ يخرج على روايتين في المسلم إذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة

(فصل) إذا تزوج ذمي ذمية على أن لا صداق لها أو سكت عن ذكره فلها المطالبة بنرضه إن كان قبل الدخول وإن كان بعده فلها مهر المثل كما في نكاح المسلمين وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إن تزوجها على أنه لا مهر لها فلا شيء لها وإن سكت عن ذكره فعنه روايتان (إحداهما لا مهر لها) (والأخرى) مهر المثل ، واحتج بأن المهر يجب لحق الله وحققها وقد أسقطت حقها والذي يطالب به حق الله تعالى ولنا أن هذا نكاح خلا عن تسمية فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة وإنما وجب المهر في حق المسلمة ثلاثاً نصير كالموهوبة والمباحة وهذا يرجد في حق الذي

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه : إذا أسلم الزوجان معا أو أسلم زوج الكتانية فهما على نكاحهما سواء كان قبل الدخول أو بعده وليس بين أهل العلم في هذا اختلاف بحمد الله ، وذكر ابن المنذر أنه إجماع من أهل العلم وذلك لأنه لم يوجد منهم اختلاف وقد روى أبو داود عن ابن عباس أن رجلاً جاء مسلماً على عهد النبي ﷺ ثم جاءت امرأته بعده فقال يا رسول الله أنها كانت أسلمت

(مسألة) قال (رحمه الله تعالى فان أعتق قبل أن تختار أو وطئها بطل خيارها علمت أن الخيار لها أو لم تعلم)

وجملة ذلك أن خيار المعلقة على التراخي مالم يوجد أحد هذين الأمرين عتق زوجها أو وطئها ولا ينجم الزوج من وطئها ومن قال إنه على التراخي مالك والاوزاعي وروى ذلك عن عبد الله بن عمر واخوته حنيفة وبه قال سليمان بن يسار ونافع والزهرى وقتادة وحكام بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة وقال أبو حنيفة وسائر العراقيين لها الخيار في مجلس العلم والشافعي ثلاثة أقوال (أظهرها) كقولنا (والثاني) أنه على الفور كخيار الشفعة (والثالث) أنه إلى ثلاثة أيام

ولنا ما روى الإمام أحمد في المسند بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية قال سمعت رجلا يتحدثون عن النبي ﷺ أنه قال إذا عتقت الأمة فهي بالخيار مالم يطأها إن شئت فارقته وإن وطئها فلا خيار لها رواه الأثرم أيضا وروى أبو داود أن برة عتقت وهي عنده خبيث عبد لآل أبي أحمد فخيرها النبي ﷺ فقال « لها إن قربك فلا خيار لك » ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا يخالف لهم في عصرهم قال ابن عبد البر لا أعلم لابن عمر وحنيفة مخالفا من الصحابة ولأن الحاجة داعية إلى ذلك ثبتت كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق فأشبه ما قلنا، إذا ثبت هذا فني عتق قبل أن تختار

معها فردها عليه ، ويمتد تعلقها بالاسلام دفعة واحدة لئلا يسبق أحدهما صاحبه فيفسد النكاح . ويحتمل أن يقف على المجلس كالتبضع ونحوه فان حكم المجلس كله حكم حالة العقد ولأنه يشترط اتفاقهما على النطق بكلمة الاسلام دفعة واحدة فلو اعتبر ذلك لوقعت الفقرة بين كل مسلمين قبل الدخول إلا في النادر فيبطل الاجماع ، وإذا أسلم زوج الكتائية قبل الدخول أو بعده أو أسلما معا فالتكاح باق بحاله سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي لان الإسلام ابتداء نكاح الكتائية فاستدامته أولى ، ولا خلاف في هذا بين القائلين بمجوز نكاح الكتائية للمسلم

(مسألة) (فان أسلمت الكتائية قبله وقبل الدخول تعجلت الفقرة سواء كان زوجها كتابيا أو غير كتابي إذ لا يجوز لكافر نكاح المسلمة) قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم (مسألة) (فان كانت هي المسلمة فلا مهر لها ، وإن كان هو المسلم قبلها نأها نصف المهر وعنه لا مهر لها) وجملة ذلك ان الفقرة إذا حصلت قبل الدخول باسلام المرأة فلا شيء لها لان الفقرة من جهتها وبهذا قال الحسن ومالك والزهرى والاوزاعي وابن شبرمة والشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف المهر إذا كانت هي المسلمة اختارها أبو بكر وبه قال قتادة والثوري ويقتضيه قول أبي حنيفة لان الفقرة حصلت من قبله بانتعائه من الاسلام وهي فعلت ما فرض الله عليها فكان لها نصف ما فرض (المغني والشرح الكبير) (٧٥) (الجزء السابع)

سقط خيارها لان الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بعته فسقط كالمبيع إذا زال عيبه وهذا أحد قولي الشافعي وأن وطئها بطل خيارها علمت بالخيار أو لم تعلم نص عليه أحمد وهو قول من سمينا في صدر المسئلة وذكر القاضي وأصحابه أن لها الخيار وإن أصيبت ما لم تعلم فإن أصابها بعد علمها فلا خيار لها وهذا قول عطاء والحكم وحاد والثوري والاوزاعي والشافعي وإسحاق لأنهم إذا أمكنت من وطئها قبل علمها فلم يوجد منها ما يدل على الرضا فهو كما لو أم تصب

ولنا ما تقدم من الحديث وروى مالك عن ابن شهاب عن عروة أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد ففقت قالت فأرسلت إلي حفصة فدعني فقالت إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك فإن مسك فليس لك من الأمر شيء فقالت هو الطلاق ثم الطلاق ففارقه ثلاثا ، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر أن لها الخيار ما لم يمسها ولأنه خيار عيب فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة كخيار الرد بالعيب ولا تفريع على هذا القول فأما على القول الآخر فإذا وطئها وادعت الجهالة بالعنف وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر فالقول قولها مع يمينها لان الأصل عدم ذلك ، وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها الكونها في بلد واحد وقد اشتهر ذلك لم يقبل قولها لانه خلاف الظاهر وإن علمت العنف وادعت الجهالة بثبوت الخيار فالقول قولها لان ذلك لا يملكه إلا خواص الناس ، والظاهر صدقها فيه والشافعي في قبول قولها في ذلك قولان

الله لها كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت ، ونقل عن أحمد في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته فلا شيء لها من الصداق لما ذكرنا ، ووجه الأولى أن الفرقه حصلت باختلاف الدين وقد حصل باسلامها فكانت الفرقه حاصلة بفعلها فلم يجب لها شيء كما لو ارتدت ويفارق تعليق الطلاق فانه من جهة الزوج ولهذا لو علقه على دخولها فدخلت وقعت الفرقه ولها نصف المهر ، فأما إن حصلت الفرقه باسلام الزوج فالمرأة نصف المسمى إن كانت النسيئة صحيحة أو نصف مهر المثل إن كانت فاسدة مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيرا لان الفرقه حصلت بفعله وعنه لا مهر لها لان الفرقه جات من قبلها لكونها اشتهت من الدخول في الاسلام

(فصل) إذا انقسخ النكاح بإحد الزوجين قبل الدخول مثل أن يسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين تعجلت الفرقه على ما ذكرنا ويكون ذلك فسخا لا طلاقا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تعجل الفرقه بل إن كان في دار الاسلام عرض على الآخر فإن أبي وقعت الفرقه حينئذ وإن كان في دار الحرب وقف ذلك على انقضاء عدتها فإن لم يسلم الآخر وقعت الفرقه فإن كان الأباء من الزوج كان طلاقا لان الفرقه حصلت من قبله فكان طلاقا كما لو لفظ به وإن كان من المرأة كان فسخالا إن المرأة لا تملك الطلاق وقال مالك إن كانت هي المسلمة عرض عليه الاسلام فإن أسلم والا وقعت الفرقه وإن كان هو المسلم تعجلت الفرقه لقوله سبحانه (ولا تمسكوا بجم الكافرين)

(فصل) فان أعتق العبد والامة دفعة واحدة فلا خيار لها ، والنكاح بحاله سواء أعتقها رجل واحد او رجلان نص عليه احمد وعنه لها الخيار والاول أولى لان الحرية الطارئة بعدعتقها تتم الفسخ بالمقارنة أولى كاسلام الزوجين ، وعن احمد إذا عتقا معا انفسخ النكاح ومعناه والله أعلم أنه إذا وهب العبد مربية وأذن له في التيسري بها ثم أعتقها جميعا صارا حرين وخرجت عن ملك العبد فلم يكن له أصابها إلا بنكاح جديد هكذا روى جماعة من أصحابه فيمن وهب لعبد مربية أو اشترى له مربية ثم أعتقها لا يقرها إلا بنكاح جديد واحتج احمد على ذلك بما روى ناظم عن ابن عمر أن عبداً له كان له مريتان فأعتقها فنهأ أن يقرهما إلا بنكاح جديد ولأنها باعتهما خرجت عن أن تكون مملوكة فلم ينسخ له التيسري بها كالحرة الأصلية وأما إذا كانت امرأته فعنقا لم ينفسخ نكاحه بذلك لأنه إذا لم ينفسخ باعتهما وحدها فلا ن لا ينفسخ باعتهما معا أولى وبمحتمل أن أحمد إنما أراد بقوله انفسخ نكاحها ان لها فسخ النكاح وهذا يخرج على الرواية التي تقول بان لها الفسخ اذا كان زوجها حراً

(فصل) ويستحب لمن له عبد وأمة مزوجان فأراد عتقها البداية بالرجل لئلا يثبت للمرأة خيار عليه فيفسخ نكاحه وقد روى ابو داود والاثرم باسنادهما عن عائشة أنه كان لها غلام وجارية فزوجا فقالت لربي ﷺ إني أريد أن أعتقهما فقال لها فابدئي بالرجل قبل المرأة وعن صفية بنت أبي عبيد أنها فعلت ذلك وقالت للرجل إني بدأت بمنك لئلا يكون لها عليك خيار

ولنا انه إختلاف دين يمنع الاقرار على النكاح فإذا وجد قبل الدخول تعجلت الفرقة كالزدة (١) وعلى مالك كاسلام الزوج او كما لو أتى الآخر للإسلام لانه ان كان هو المسلم فليس له إمساك كافرة لقوله تعالى (ولا تمسكوا بصبم الكوافر) وان كانت هي المسلمة فلا يجوز ابقاؤها في نكاح مشرك ولنا على انها فرقة فسخ أنها فرقة بإختلاف الدين فكانت فسخا كالمواصلة الزوج وابت المرأة ولانها فرقة بغير لفظ فكانت فسخا كفرقة الرضاع

(مسئلة) (وان قالت اسلمت قبلي وأنكرها قالقول قولها)

لان المهر وجب بالمقد والزوج يدعي ما يسقطه والاصل بقاءه ولم يعارضه ظاهر بقبي وان اتفقا على ان احدهما قبل الآخر ولا يملان عينه قلها نصف الصداق ذكره ابو الخطاب لما ذكرنا وقال القاضي ان لم تكن قبضت فلا شيء لها لانها تشك في استحقاقها فلا تستحق بالشك وان كان بعد القبض لم يرجع عليها لانه يشك في استحقاق الرجوع فلا يرجع مع الشك والاول أصح لان اليقين لا يزول بالشك وكذلك اذا تيقن الطهارة وشك في الحدث او تيقن الحدث وشك في الطهارة بقي على اليقين وهذه كان صداقها واجبا وشكا في سقوطه فيبقى على الوجوب

(مسئلة) (وإن قال الزوج أسلمنا معا فنعن على النكاح فانكرته فعلي وجبين)

(فصل) إذا عنت المجنونة والصغيرة فلا خيار لهما في الحال لانه لا عقل لهما ولا قول معتبر ولا يملك وليهما الاختيار عنهما لان هذا طريقه الشهوة فلا يدخل تحت الولاية كالاقتصاص فاذا بلغت الصغيرة وعقلت المجنونة فلهما الخيار حينئذ لكونهما صارتا على صفة لكل منهما حكم وهذا الحكم فيما لو كان بزوجهما عيب يوجب الفسخ فان كان زواجهما قد وطئاهما فظاهر كلام الحرقى انه لا خيار لهما لان مدة الخيار انقضت ، وعلى قول القاضي وأصحابه لهما الخيار لانه لا رأي لهما فلا يكون تمكينهما من الوطء دليلا على الرضى بخلاف الكبيرة العاقلة ولا يمنع زواجهما من وطئها

(مسئلة) قال رحمه الله (فان كانت لنفسين فاعتق أحدهما فلا خيار لهما اذا كان المعتق معسرا)

إذا شرط الاعسار في المعتق لان المورس يسري عتقه إلى جميعها فتصير حرة ويثبت لها الخيار والمعسر لا يسري عتقه بل يعتق منها ما اعتق وبانها رقيق فلا تكل حريتها فلا يثبت لها الخيار حينئذ وهذا قول الشافعي ، وعن أحمد أن لها الخيار حكاهما أبو بكر واختارها لأنهما كل منه فأنثرث وتورث وتجب بقدر ما فيها من الحرية ، ووجه قول الحرقى انه لا نص في المعتق بعضها ولا هي في معنى الحرية الكاملة لأنها كلمة الاحكام وأيضا ما علل به أحمد وهو أن العقد صحيح فلا يفسخ بالاختلاف فيه وهذه تختلف فيها (فصل) ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصدق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بهائمات

قال القاضي القول قول المرأة لان الظاهر معها اذ يبعد اتفاق الاسلام منها دفعة واحدة والقول قول من الظاهر معه وكذلك كان القول قول صاحب اليد وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب أن القول قول الزوج لان الاصل بقاء النكاح والفسخ طأى عليه فكان القول قول من يوافق قوله الاصل كالتنكر وللشافعي قولان كهذين الوجهين

(فصل) فان اختلفا بعد الدخول فقال الزوج أسلمنا معا أو أسلم الثاني منافي العدة فنحن على النكاح وتقول هي بل أسلم الثاني بعد العدة فانفسخ النكاح ففيه وجهان (أحدهما) القول قوله لان الاصل بقاء النكاح (والثاني) القول قولها لان الاصل عدم اسلام الثاني

(مسئلة) (وان أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الامر على انقضاء العدة فان أسلم الثاني قبل انقضائها فما على نكاحها والائتينا أن الفرقة وقعت من حين أسلم الاول)

روي عن أحمد رحمه الله في هذه المسئلة روايتان (أحدهما) أن الامر يقف على انقضاء العدة على اما ذكرنا وهذه الرواية التي ذكرها الحرقى فعلى هذا اذا لم يسلم الثاني في العدة لا يحتاج الى استئناف العدة وهذا قول الزهري والليث والحسن بن صالح والاوزاعي والشافعي واسحاق ونحوه عن عبد الله بن عمر ومجاهد ومحمد بن الحسن (والثانية) تتمجل الفرقة كما قبل الدخول وهذا اختيار الحلال وصاحبه وقول الحسن وطاوس وعكرمة وقناذة والحكم وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز ونصره ابن المنذر

ولا يملك غيرها غير مهرها بعد استيفائه عتقت لأنها تخرج من الثالث ولها الخيار وإن لم تكن قبضته عتق ثلثها في الحال وفي الخيار لها وجهان فكلما اقتضي من مهرها شيء عتق منها بتسدر ثلثه فإذا استوفى كله عتقت كلها ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها فقد بطل خيارها عند من جمل لها الخيار حينئذ لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها وعلى قول الحرقى لا يبطل لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها فأشبهه ما لو مكنت منه قبل عتقها ، فأما إن عتقت قبل الدخول بها فلا خيار لها على قول الحرقى لأن فسحها الزكاح يسقط به صداقها فيعجز الثلث عن كمال قيمتها فيرق ثلثاها ويسقط خيارها فيفضي اثبات الخيار لها إلى إسقاطه فيسقط وهذا مذهب الشافعي وعند أبي بكر لها الخيار فلي قول من أوجب لسيدها نصف المهر فإذا استوفى عتق ثلثاها وعلى قول من أسقطه يمتع ثلثها

﴿مسألة﴾ قال (فإن اختارت المقام معه قبل الدخول أو بعده فالمرء للسيد وإن اختارت فراقه قبل الدخول فلا مهر لها وإن اختارته بعد الدخول فالمرء للسيد)

وجملته أن المعتقة إن اختارت المقام مع الزوج قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول فالمرء واجب لاته واجب بالعقد فإذا اختارت المقام فلم يوجد له مسقط ، وإن فسخت بعد

وقول أبي حنيفة هنا كقوله فيما قبل الدخول إلا أن المرأة إذا كانت في دار الحرب فانتقضت عنها وحصات الفرقة لزوما استثناف العدة وقال مالك إن أسلم الرجل قبل امرأته عرض عليها الإسلام فإن أسلمت والا وقعت الفرقة وإن كانت غائبة تسجلت الفرقة وإن أسلمت المرأة قبله وقبل الأمر على انقضاء العدة واحتج بتعجيل الفرقة بقوله سبحانه (ولا تمسكوا بعضكم البعض) ولأن ما يوجب فسخ النكاح لا يختلف بما قبل الدخول وبعده كالزواج

ولنا ما روى مالك في موطنه عن ابن شهاب كان بين اسلام صفوان بن أمية وامرأته بنت الوليد ابن المغيرة نحو من شهر أسلمت يوم الفتح وبقي صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر ثم أسلم ولم يفرق النبي ﷺ بينهما واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح قال ابن عبد البر وشهرة هذا الحديث أقوى من اسناده وقال ابن شهاب أسلمت أم حكيم يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة حتى أتى اليمن فارتحلت حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الإسلام فأسلم وقدم فبايع فبنا على نكاحها وقال ابن شبرمة كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يسلم الرجل قبل المرأة والمرأة قبل الرجل فأياها أسلم قبل انقضاء عدة المرأة فهي امرأته فإن أسلم بعد العدة فلا نكاح بينهما ولأن أبا سفيان خرج فأسلم عام الفتح قبل دخول النبي صلى الله عليه وسلم مكة ولم تسلم هند امرأته حتى فتح النبي ﷺ مكة فبنا على النكاح وأسلم حكيم بن حزام قبل امرأته وخرج أبو سفيان بن الحارث وعبد الله بن

الدخول فقد استقر بالدخول فلم يسقط بشيء وهو لا يسقط في الحالين لانه وجب بالعقد في ملكه والواجب المسمى في الحالين سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده ، وقال أصحاب الشافعي إن كان الدخول قبل العتق أو بعده فالواجب المسمى وإن كان بعده فالواجب مهر المثل لان الفسخ استند الى حالة العتق فصار الوطء في نكاح فاسد .

ولنا أنه عقد صحيح فيه مسمى صحيح انصل به الدخول قبل الفسخ فأوجب المسمى كما لو لم يفسخ ، ولانه لو وجب بالوطء بعد الفسخ لكان المهر لها لانها حرة حينئذ ، وقولهم إن الوطء في نكاح فاسد غير صحيح فانه كان صحيحاً ولم يوجد ما يفسده ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح من الاحلال لزوج الاول والاحصان وكونه حلالاً ، وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي . وعن أحمد رواية أخرى لا يسقط نصف المهر لانه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

ولنا أن الفرقة جاءت من قبلها فسقط مهرها كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعاً ، وقوله وجب للسيد قلنا لكن بواسطة ولذا سقط نصفه بفسخها وجميعه باسلامها وورثتها (فصل) ولو كانت مفوضة ففرض لها مهر المثل فهو للسيد أيضاً لانه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض ، وكذلك لو مات أحدهما وجب والموت لا يوجب فدل على أنه وجب بالعقد ، وإن كان

أبي أمية عام الفتح فلقيا النبي صلى الله عليه وسلم بالابواء فأسلموا قبل نساها ولم يعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين أحد من أسلم وبين امرأته ويبعد أن يتفق اسلامها معها ويفارق ما قبل الدخول فانه لا عدة لها فتتمجبل اليئونة كالمطلقة واحدة وهما لها عدة فاذا انقضت تينا وقوع الفرقة من حين أسلم الاول فلا يحتاج الى عدة ثانية لان اختلاف الدين سبب الفرقة نتحسب الفرقة منه كالطلاق فعلى هذه الرواية لو وطئها الزوج في عدتها ولم يسلم الثاني فيها فلها عليه المهر ويؤدب لانا تينا أنه وطئها بعد اليئونة وانفساح النكاح فيكون واطئاً في غير ملك وان أسلم فلا شيء . لهالانا تينا أن النكاح لم يفسخ وانه وطئها في نكاحه فلم يكن عليه شيء .

(فصل) فان أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت العدة انفسخ النكاح في قول عامة العلماء قال ابن عبد انبر لم يختلف العلماء في هذه الاشياء روي عن النخعي شذ فيه عن جماعة العلماء فلم يتبعه عليه أحد زعم أنها ترد الى زوجها وان طالت المدة لما روى ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد زينب على زوجها أبي العاص بنكاحها الاول رواه أبو داود واحتج به أحمد قيل له أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف ؟ قال ليس لذلك أصل قيل كان بين اسلامها ووردها اليه ثمان سنين ولنا قوله تعالى (لاهن حل لهم ولا هم يحلون لهن) وقوله تعالى (ولا تمسكوا بمعصم الكوافر) والاجماع المنعقد على تحريم فروج المسلمات على الكفار وأما قصة أبي العاص مع امرأته فقال ابن

الفسخ قبل الدخول والفرض فلا شيء. إلا على الرواية الأخرى ينبغي أن نجيب المتعة لأنها نجيب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه

(فصل) فإن طلقها طلاقاً بائناً ثم أعتقت فلا خيار لها لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح ههنا، وإن كان رجعيًا فلها الخيار في العدة لأن نكاحها باق فيمكن فسخه ولها في الفسخ فائدة فأنها لا تأمن رجوعه إذا لم يفسخ فإن قيل فيفسخ حينئذ قلنا إذا احتججنا إلى عدة أخرى وإذا فسخت في عدتها ثبتت على ما مضى من عدتها ولم تحتجج إلى عدة أخرى لأنها معتدة من الطلاق والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها فهو كما لو طلقها طلاقاً آخرى وينبغي على عدة حرة لأنها أعتقت في أثناء العدة وهي رجعية فإن اختارت المقام بطل خيارها، وقال الشافعي لا يطل لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى البيئونة وذلك ينافي اختيار المقام

ولنا أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ فصح اختيار المقام كصلب النكاح وإن لم تختر شيئاً لم يسقط خيارها لأنه على التراخي ولأن سكوتها لا يدل على رضاها لاحتمال أنه كان لجرياتها إلى بيئونة اكتفاء منها بذلك فإن أرجمها فلها الفسخ حينئذ فإن فسخت ثم عاد فزوجها بقيت معه بطنقة واحدة لأن طلاق العبد اثنتان وإن تزوجها بعد أن أعتق رجعت معه على طائفتين لأنه صار حراً فذلك ثلاث طلاقات كسائر الأحرار

عبد البر لا يخلو أما أن يكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار فتكون منسوخة بما جاء بعدها أو تكون حاملاً استمر حملها حتى أسلم زوجها أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم أو تكون ردت إليه بنكاح جديد فقد روى ابن أبي قتيبة في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم ردها على أبي العاص بنكاح جديد رواه الترمذي وقال سمعت عبد بن حميد يقول سمعت يزيد بن هارون يقول حديث ابن عباس أجود أسناد أو العمل على حديث عمرو بن شعيب (مسئلة) (فإن أسلمت قبلها نفقة العدة)

لأنه يمكن من الاستمتاع وإبقاء نكاحها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجسية وسواء أسلم في عدتها أو لم يسلم فإن قيل إذا لم يسلم تبين أنها بائنة باختلاف الدين فكيف نجيب النفقة للبائن؟ قلنا لأنه كان يمكن الزوج ثلاثي نكاحها بل يجب عليه فكانت في معنى الرجسية وإن كان هو المسلم فلا نفقة لها لأنه لا سبيل إلى ثلاثي نكاحها واستبقائها فأشبهت البائن وسواء أسلمت معه أم لا

(مسئلة) (فإن اختلفا في السابق منها فقال الزوج أسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت المرأة بل أنا المسلمة أولاً فلي النفقة فالقول قولها في أحد الوجهين)

لأن الأصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها (والثاني) أن القول قوله لأن النفقة إنما تجب بالتمكين من الاستمتاع والأصل عدمه فإن قال أسلمت بعد شهرين من إسلامي فلا نفقة لك فيها وقالت

(فصل) فان طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق وقم طلاقه وبطل خيارها لانه طلاق من زوج جائز التصرف في نكاح صحيح فنقد كما لو لم يعتق. وقال القاضي طلاقه موقوف فان اخذت الفسخ لم يقع الطلاق لان طلاقه يتضمن ابطال حقها من الخيار وان لم تختار وقع وللشافعي قولان كنهدين الوجهين وبنوا عدم الوقوع على أن الفسخ استند الى حالة العتق فيكون الطلاق واقعاً في نكاح مفسوخ

ولما انه طلاق من زوج مكلف مختار في نكاح صحيح فوقع كما لو طلقها قبل عتقها أو كما لو لم تختار وقد ذكرنا أن الفسخ بوجوب الفرقة حينئذ ولا يجوز تقديم الفرقة عليه والحكم لا يتقدم سببه ولان العدة تبدأ من حين الفسخ لا من حين العتق وما سبقه من الوطء وطء في نكاح صحيح يثبت الاحصان والاحلال للزوج الاول ولو كان الفسخ سابقاً عليه لانعكست الحال ، وقول القاضي انه يبطل حقها من الفسخ غير صحيح فان الطلاق يحصل به مقصود الفسخ مع زيادة وجوب نصف المهر وتبصير العدة عليها فان ابتداها من حين طلاقه لا من حين فسخه ، ثم لو كان مبطلا لحقها لم يتم وإن لم تختار الفسخ كما لم يصح تصرف المشتري في المبيع في مدة الخيار سواء فسخ البائع أو لم يفسخ وهذا فيما إذا كان الطلاق بائناً فان كان رجعياً لم يسقط خيارها على ما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا ، فلي قولهم إذا طلقها قبل الدخول ثم اخذت ففسخ سقط مهرها لأنها بائنة بالفسخ وان لم يفسخ فإنها نصف الصداق لأنها بائنة بالطلاق

بعد شهر فالقول قوله لان الاصل عدم اسلامها في الشهر الثاني فان ادعى هو بفسخ النكاح فأنكرته انفسخ النكاح لانه يقر على نفسه بزوال نكاحه وسقوط حقه فأشبه ما لو ادعى أنها أخته من الرضاع فكذبته .

(مسئلة) (وعنه أن الفرقة تجعل باسلام احدها كما قبل الدخول وقد ذكرناه)

(مسئلة) (فأما الصداق فواجب بكل حال)

يعني اذا وقعت الفرقة باسلام احدها بعد الدخول فإنه يجب لها المهر كاملاً لانه استقر بالدخول فلم يسقط بشيء فان كان مسمى صحيحاً فهو لها لان أنكحة الكفار صحيحة تثبت لها أحكام الصحة وان كان محرماً قبضته فليس لها غيره لأنها لا تعرض الى ما مضى من أحكامهم وان لم يكن قبضته فلها مهر المثل لان الحر والخير لا يكون صداقاً مسلمة ولا في نكاح مسلم وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين (فصل) وسواء ما ذكرنا اتفق الداران أو اختلفا وبه قال مالك والايث والاوزاعي والشافعي وقال أبو حنيفة ان أسلم أحدهما وهما في دار الحرب ودخلا دار الاسلام انفسخ النكاح ولو تزوج حربى حربية ثم دخلا دار الاسلام وعقد الهمد انفسخ نكاحه لاختلاف الدارين وبقتضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين اذا دخل دار الحرب ناقضاً للعهد انفسخ نكاحه لان الدار انقضت بهما فعلاً وجكاً فوجب أن تقع الفرقة بينهما كما لو أسلمت في دار الاسلام قبل الدخول

(فصل) وللمعتقة الفسخ من غير حكم حاكم لأنه مجمع عليه غير مجتهد فيه فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب في المبيع بخلاف الفسخ في النكاح فإنه مجتهد فيه فافتقر الى حكم الحاكم كالفسخ للاعسار (فصل) فان اختارت المعتقة الفراق كان فسخاً ليس بطلاق وهذا قال أبو حنيفة والثوري والحنبل بن يحيى والشافعي وذهب مالك والاوزاعي والليث الى انه طلاق بان قال مالك الا أن تطلق نفسها ثلاثاً فتطلق ثلاثاً واحتج له بقصة زبراء حين طلقت نفسها ثلاثاً فلم يأنها ان أحداً من الصحابة أفكر ذلك ، ولأنها تلك الفراق فلكت الطلاق كالرجل

ولنا قوله عليه السلام «الطلاق لمن أخذ بالساق» ولأنها فرقة من قبل الزوجة فكانت فسخاً كما لو اختلف دينها أو أرضعت من يتفسخ نكاحها برضاعه ، وفعل زبراء ليس بمحجة ولم يثبت انتشاره في الصحابة ، فعلى هذا لو قالت اخترت نفسي أو فسخت النكاح انفسخ ، ولو قالت طلقت نفسي ونوت المفارقة كان كناية عن الفسخ لأنه يؤدي الى معناه فصح كناية عنه كالكناية بالفسخ عن الطلاق (فصل) وان عتق زوج الامة لم يثبت له خيار لان عدم الكمال في الزوجة لا يؤثر في النكاح وكذلك لا تعتبر الكفاة الا في الرجل دون المرأة ، ولو تزوج امرأة مطلقاً فبانت أمة لم يثبت له خيار ولو تزوجت المرأة رجلاً مطلقاً فبان عبداً كان لها الخيار وكذلك في الاستدانة لكن ان عتق ووجد الطول لحرة فهل يطل نكاحه؟ على وجهين تقدم ذكرهما

ولنا أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران وأمر أنه بمكة لم تسلم وهي دار حرب وأم حكيم أسلمت بمكة وهرب زوجها عكرمة الى اليمن وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح وهرب زوجها ثم أسلموا وأقروا على أن نكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم ، ولأنه عقد معاوضة فلم يفسخ باختلاف الدار كالمبيع ، ويفارق ما قبل الدخول فان القاطع للنكاح اختلاف الدين المانع من الاقرار على النكاح دون ما ذكره ، فعلى هذا لو تزوج مسلم مقيم بدار الاسلام حريصة من أهل الكتاب صح نكاحه وعدم لا يصح .

ولنا قوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولأنها امرأة يباح نكاحها اذا كانت في دار الاسلام فأبيح نكاحها في دار الحرب كالمسلمة

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وان ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح ولا مهر ان كانت المرتدة وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر)

اذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح في قول طائفة أهل العلم الا انه حكى عن داود انه لا يفسخ بالردة لان الاصل بقاء النكاح

ولنا قول الله تعالى (ولا تمسكوا بضم الكوافر) وقوله تعالى (فلانرجعوهن الى الكفار، لانهن حل

(فصل) وإذا عتقت الامة فقالت لزوجها زدني في مهري ففعل فالزيادة لها دون سيدها سواء كان زوجها حرا أو عبدا وسواء عتق معها أولام يعتق نص عليه أحمد فيها إذا زوج عبده من أمته ثم أعتقا جميعا فقالت الامة زدني في مهري فالزيادة للامة لا للسيد ، فقيل أرأيت ان كان الزوج لغير السيد لمن تكون الزيادة ؟ قال للامة ، وعلى قياس هذا لو زوجها سيدها ثم يابها فزادها زوجها في مهرها فالزيادة للثاني ، وقال القاضي الزيادة للسيد المعتق في الموضعين على قياس المذهب لان من أصلنا ان الزيادة في الصداق تلحق بالعتد الاول فتكون كالذكرة فيه . والذي قلناه أصح لان الملك في الزيادة إنما ثبت حال وجودها بعد زوال ملك سيدها عنها فيكون لها كسبها والموهوب لها ، وقولنا ان الزيادة تلحق بالمقد معناه أنها تلزم ويثبت الملك فيها ويصير الجميع صدقا وليس معناه انا نبينا ان الملك كان ثابتا فيها وكان لسيدها فان هذا محال ولان سبب ملك هذه الزيادة وجد بعد العتق فلا يجوز أن يتقدم الملك عليه لانه يؤدي الى تقدم الحكم قبل سببه ولو كان الملك ثابتا للمعتق فيه حين التزويج لم يمت زكاته وكان له نفاؤه وهذا أظهر من أن نطيل فيه

﴿ باب أجل العنين والخصي غير المحجوب ﴾

العين هو العاجز عن الابلاج وهو مأخوذ من أي اعترض لان ذكره يعين اذا أراد ابلاجه أي يعترض

لهم ولا هم يحلون له) ولانه اختلاف دين يمنع الاصابة فوجب فسخ النكاح كما لو اسلمت تحت كافر ثم تنظر فان كانت المرأة هي المرتدة فلا مهر لها لان الفسخ من قبها وان كان الرجل هو المرتد فعليه نصف المهر لان الفسخ من جهته فأشبه ما لو طلق وان كانت التسمية فاسدة فعليه نصف مهر المثل
﴿ مسألة ﴾ (وان كانت الردة بعد الدخول فهل تتم العجل للفرقة أو تقف على انقضاء العدة ؟ على روايتين)

اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا ارتد أحد الزوجين بعد الدخول حسب اختلافهما فيما اذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ففي احدهما تتم العجل للفرقة وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز والثوري وزفر وأبي ثور وابن المنذر لان ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده كالرضاع (والثانية) يقف على انقضاء العدة فان أسلم المرتد قبل انقضائها فهما على النكاح وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلاف الدينين وهذا مذهب الشافعي لان لفظه تقع به الفرقة فاذا وجد الدخول جازان يقف على انقضاء العدة فالطلاق الرجعي أو نقول اختلاف دين بعد الاصابة فلا يوجب فسخه في الحال كما اسلام الحرية تحت الحربي ، وقياسه على اسلام أحد الزوجين أقرب من قياسه على الرضاع ولان الرضاع تحرم به المرأة على التأيد فلا فائدة في تأخير الفسخ الى بعد انقضاء العدة
﴿ مسألة ﴾ (فان كان هو المرتد فعليه نفقة العدة)

والعنف الاعتراض وقيل لأنه بمن لقبل المرأة عن يمنه وشماله ولا يتصدده فإذا كان الرجل كذلك فهو عيب به ويستحق به فسخ النكاح بعد أن تضرب له مدة يختبر فيها ويعلم حاله بها وهذا قول عمر وعثمان وابن مسعود والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء ومهرو بن دينار والنخعي وقتادة وحامد بن أبي سليمان وعليه فتوى فقهاء الامصار منهم مالك وأبو حنيفة وأصحابه واشوري والاوزاعي والشافعي واسحاق وابوعبيد وشذالحكم بن عيينة وداود قتالا لا يؤجل وهي امرأته ، وروى ذلك عن علي رضي الله عنه لأن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت يا رسول الله إن رفاة طلقني فبت طلاقي فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وإنما له مثل هدية ثوب فقال « تريدن أن ترجعي إلى رفاة ، لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » ولم يضرب له مدة

ولنا ما روي أن عمر رضي الله عنه أجل العنين سنة وروى ذلك الدارقطني بإسناده عن عمرو بن مسعود والمغيرة بن شعبة ولا يخالف لهم ، ورواه أبو حنيفة عن علي ولأنه عيب بمنع الوطء فأثبت الخيار كالجب في الرجل والرتق في المرأة ، فأما الخبر فلا حجة لهم فيه فإن المدة إنما تضرب له مع إعترافه وطالب المرأة ذلك ولم يوجد واحد منها ، وقد روي أن الرجل أنكر ذلك وقال اني لأعركم عرك الادم ، وقال ابن عبد البر وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه فلا معنى لضرب المدة وصحح ذلك قول النبي ﷺ « تريدن أن ترجعي إلى رفاة » ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك اليها ، وقيل انها ذكرت

لأنه بسبيل إلى الاستمتاع بها بان يسلم ويمكنه تلافى نكاحها فكانت لها النفقة كزوج الرجعية وإن كانت هي المرتدة فلا نفقة لها لأنه لا سبيل للزوج إلى رجعتها وتلافى نكاحها فلم يكن لها نفقة كما بعد العدة (فصل) فإن ارتد الزوجان معاً فحكم ما لو ارتد أحدهما إن كان قبل الدخول تعجلت الفرقة وإن كان بعده فهل تعجل أو تقف على انقضاء العدة على روايتين وهذا مذهب الشافعي قال أحمد في رواية ابن منصور إذا ارتد معاً أو أحدهما ثم تاب أو تاب المرتد منها فهو أحق بها ما لم تنقض العدة وقال أبو حنيفة لا يفسخ النكاح استحساناً لأنه لم يختلف بهما الدين فاشبه ما لو أسلما ولنا أنها ردة طارئة على النكاح فوجب أن يتعلق بها فسخه كما لو ارتد أحدهما وإن كل ما زال عنه ملك المرتد إذا ارتد وحده زال إذا ارتد غيره معه كاله وما ذكره يبطل بما إذا انتقل المسلم واليهودية إلى دين النصرانية فإن نكاحهما يفسخ وقد انتقلا إلى دين واحد ، وأما إذا أسلما فقد انتقلا إلى دين الحق ويقران عليه بخلاف الردة

(فصل) وإذا ارتد أحد الزوجين أو ارتد معاً منع من وطئها في عدتها فإن وطئها في عدتها وقتلنا إن الفرقة تعجلت فيكون عليه مهر مثلها وإن قلنا إن الفرقة تقف على انقضاء العدة فاسلم المرتد منها أو أسلم جميعاً في عدتها وكانت الردة منها فلا مهر لها عليه بهذا الوطء لا نأتي أن النكاح لم يزل وأنه وطئها وهي زوجته وإن ثبتا أو ثبت المرتد منها على الردة حتى انقضت العدة فلها عليه مهر المثل لهذا الوطء لأنه وطئ

ضعفه وشبهته بهدبة الثوب مبالغة، ولذلك قال النبي ﷺ « حتى تذوق عسيلته » والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك

﴿مسئلة﴾ قال (ولما ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها أجل سنة منذ ترافعه فإن لم يصبها فيها خيرت في المقام معه أو فراقه فإن اختارت فراقه كان ذلك فسخاً بلا طلاق) وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة ستل عن ذلك فإن أنكر والمرأة عذراء فالقول قولها، وإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه في ظاهر المذهب لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته والاصل السلامة، وقال القاضي هل يستحلف أولاً؟ على وجهين بناء على دعوى الطلاق فإن أقر بالعجز أو ثبت بينة على إقراره به أو أنكر وطلبت بيمينه فنكل ثبت عجزه ويؤجل سنة في قول عامة أهل العلم وعن الحارث بن ربيعة أنه أجل رجلاً عشرة أشهر

ولنا قول من سميناً من الصحابة ولأن هذا العجز قد يكون لعنة وقد يكون لمرض فضررت له سنة لتمر به الفصول الأربعة فإن كان من ييس زال في فصل الرطوبة، وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال فإذا مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية فلم تزل علم أنه خلقه وحكي عن أبي عبيد أنه قال أهل الطب يقولون الداء

في غير نكاح بشبهة النكاح لا فائدتنا إن الفرقة وقعت منذ اختلف الدين وقد ذكرنا مثل ذلك فيما إذا أسلم أحد الزوجين قبل الدخول فوطئها في العدة لأنه مثله

(فصل) إذا أسلم أحد الزوجين ثم ارتد نظرت فإن أسلم الآخر تبينا أن الفرقة وقعت من حين اختلف الدينان وعدتها من حين أسلم المسلم منهما، وإن أسلم الآخر منها في العدة قبل ارتداد الأول اعتبر ابتداء العدة من حين ارتد لأن حكم اختلاف الدين بالإسلام الأول زال بإسلام الثاني في العدة ولو أسلم وتحت أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ثم ارتد لم يكن له أن يختار منهن لأنه لا يجوز أن يبتديء العقد عليهن في هذه الحال وكذلك لو ارتد دون دونه أو معه لم يكن له أن يختار منهن كذلك

(فصل) إذا تزوج الكافر من لا يقر على نكاحها في الإسلام مثل أن جمع أختين أو بين عشر نسوة أو نكح معتدة أو مرتدة ثم طلقها ثلاثاً ثم أسلم لم يكن له أن ينكحها لانتا أجرنا أحكامهم على الصحة فيما يمتقدونه في النكاح فكذلك في الطلاق ولهذا جاز له إمساك الثانية من الاختين والخامسة المعقود عليها آخرها

﴿مسئلة﴾ (وإن انتقل أحد الكتابيين إلى دين لا يقر عليه فهو كمرتدة)

إذا انتقل الكتابي إلى غير دين أهل الكتاب من الكفر لم يقر عليه لأنهم في هذا خلافاً لأنه انتقل إلى دين لا يقر أهله بالحزبية كمبادئ الاوثان وغيرها مما يستحسنه فلا يصح أن يقر على دينه

لا يستمر في البدن أكثر من سنة ثم يظهر، ابتداء السنة منذ ترافعه قال ابن عبد البر على هذا جماعة القائلين بتأجيله قال معمر في حديث عمر يؤجل سنة من يوم مرافقته فإذا انقضت المدة فلم يبطأ فلها الخيار فإن اختارت الفسخ لم يحجز إلا بحكم الحاكم لأنه مختلف فيه فاما أن يفسخ وأما أن يردده إليها ففسخ هي في قول عامة القائلين به ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه لأنه لحقها فلا تجبر على استيفائه كالفسخ بالاعسار فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك والثوري يترق الحاكم بينها وتكون تطليقة لأنه فرقة لعدم الوطاء فكانت طلاقاً كفرقة المولي

ولما أن هذا خيار ثبت لأجل العيب فكان فسخاً كفسخ المشتري لأجل العيب

(فصل) فإن اتفقا بعد الفرقة على الرجعة لم يحجز إلا بنكاح جديد لأنها قد بانت عنه وانفسخ النكاح فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث نص عليه أحمد وذكر أبو بكر فيها قولاً ثانياً أنها لا يجتمعان أبداً لأنها فرقة تتعاقب بحكم الحاكم فحرمت النكاح كفرقة اللعان، والمذهب أنها نحل لأنها فرقة لأجل العيب فلم تمنع النكاح كفرقة المعتقة والفرقة من سائر العيوب، وأما فرقة اللعان فأنها حصلت بلعانها قبل تفرق الحاكم وهما بخلافه ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح فمنع ابتداءه ويوجب الفرقة فمنع الاجتماع وهما بخلافه ولو رضيت المرأة بالمقام أو لم تطلب الفسخ لم يحجز الفسخ فكيف يصح القياس مع هذه الفروق

فالمتنقل إليه أولى، وإن انتقل إلى المجوسية لم يقر أيضاً لأنه انتقل إلى دين انقص من دينه فلم يقر عليه كالمتنقل إذا ارتد، فأما إذا انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب كاليهودي يتصرف فيه روايتان (أحدهما) لا يقر أيضاً لأنه انتقل إلى دين باطل قد أقر بطلانه فلم يقر عليه كالمرتد (والثانية) يقر نص عليه أحمد وهو ظاهر كلام الحرقي واختاره الحلال وصاحبه وقول أبي حنيفة لأنه لا يخرج عن دين أهل الكتاب فاشبهه غير المتنقل وللشافعي قولان كالروايتين، فأما المجوسي إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه لم يقر كأهل ذلك الدين وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب خرج فيه الروايتان وسواء فيها ذكرنا الرجل والمرأة لمعوم قوله عليه الصلاة والسلام «من بدل دينه فاقتلوه» ولعموم المغني الذي ذكرناه فيها جميعاً

(فصل) وإن انتقل إلى دين غير أهل الكتاب لم يقبل منه إلا الإسلام في إحدى الروايات عن أحمد اختاره الحلال وهو أحد أقوال الشافعي لأن غير الإسلام باطل قد أقر بطلانها فلم يقر عليها كالمرتد وعنه رواية ثانية لا يقبل منه إلا الإسلام أو الذي كان عليه لأن دينه الأول قد أقررت أنه عليه مرة ولم ينتقل إلى غير دينه فنفرد عليه أن رجم عليه ولأنه منتقل من دين يقر أهله عليه لقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وظاهر هذه الرواية أن الكتابي إذا انتقل إلى المجوسية أقر وقد ذكرنا في أعلى هذه الصفحة أنه لا يقر ولعله أراد بقوله إلى دين يقر عليه إذا كان دين أهل الكتاب

(فصل) ومن علم أن عجزه عن الوطء عارض من صغر أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له المدة لأن ذلك عارض يزول والعنة خليفة وجيلة لا تزول وإن كان لسكير أو مرض لا يرجى زواله ضربت له المدة لأنه في معنى من خالق كذلك، وإن كان لحب أو شلل ثبت الخيار في الحال لأن الوطء مأبوس منه ولا معنى لانتظاره، وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به فالأولى ضرب المدة له لأنه في معنى العنين خليفة، وإن اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

(فصل) فأما الخصي فإن الخمر في ذكره في ترجمة الباب ولم يفرد بمحكم فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره في أنه متى لم يصل إليها أجل، وإن وصل إليها فلا خيار لها لأن الوطء ممكن والاستمتاع حاصل بوطئه وقد قيل إن وطئه أكثر من وطء غيره لأنه لا ينزل فيقتل بالانزال وقد ذكرنا اختلاف أصحابنا في ذلك فيما مضى، ولا فرق بين من قطعت خصيتاه والوجور وهو الذي رضت خصيتاه والمسلول الذي سلت خصيتاه فإن الحكم في الجميع واحد فإنه لا ينزل ولا يولد له

ليكون موافقاً لما ذكرناه أولاً، وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب وقتلنا لا يقر فغيره، إيمان إحداهما لا يقبل إلا الإسلام والآخرى لا يقبل إلا الإسلام أو الذي كان عليه

(فصل) وإن قلنا لا يقر في صفة إجباره روايتان [إحداهما] أنه يقتل إن لم يرجع رجلاً كان أو امرأة لعموم الحديث ولأنه ذمي تقض العهد فأشبهه ما لو تقضه بتركه أداء الجزية ويستتاب في أحد الوجهين لأنه يسترحم عن دين باطل أشبه المرتد والثاني لا يستتاب لأنه كافر أصلي أبيع قتله فأشبهه الحربي، فعلى هذا إن بدر فأسلم أو رجع إلى ما يقر عليه عصمه دمه وإلا قتل (والرواية الثانية) قال أحد إذا دخل اليهودي في النصرانية ردده إلى اليهودية ولم أدعه فيها انتقل إليه فقبل له أنقتة؟ قال لا ولكن يضرب ويحبس، قال وإذا كان نصرانياً أو يهودياً قال وإن كان يهودياً أو نصرانياً دخل في المجوسية كان أعظم لأنه لا تؤكل ذبيحته ولا تنكح له امرأة ولا تتركه حتى يرد إليها، فقبل له أنقتة؟ إذا لم يرجع؟ قال أنه لا أهل لذلك وهذا نص في أن الكتابي المنتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب لا يقتل بل يكره بالمحبس.

(فصل) فإن تزوج مسلم ذمياً فانتقلت إلى غير دين أهل الكتاب فهي كالمرتدة لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم فإن كان قبل الدخول انفسخ نكاحها ولا مهر لها وإن كان بعده فهل يقف على انقضاء المدة أو يفسخ في الحال على روايتين وكذلك إذا انتقلت إلى دين باطل أو إلى دين كانت تقر بطلانه فأشبهت المسلمة إذا تهودت أو تنصرت والله أعلم

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وإن أسلم كافر ونحوه أكثر من أربع نسوة اختار منهن أربعاً وفارق سائرهن)

﴿مسئلة﴾ قال (وإن قال قد علمت اني عنين قبل أن أنكحها فإن أقرت أو ثبت بيينة فلا يؤجل وهي امرأته)

وجملة ذلك أن المرأة إذا علمت عنة الرجل وقت العقد مثل أن يعلمها بتمته أو تضرب له المدة وهي امرأته فيفسخ النكاح ثم يتزوجها ونحو ذلك لم تضرب له المدة وهي امرأته في قول أكثر أهل العلم منهم عطاء، والثوري وابن القاسم وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم وقال في الجديد يؤجل لانه قد يكون عينا في نكاح دون نكاح

ولنا أنها رضية بالهيب ودخات في العقد عالمة به فلم يثبت لها خيار كما لو علمته محبوبا ولأنها لو رضيت به بعد العقد أو بعد المدة لم يكن لها فسخ فكذلك إذا رضيت به في العقد كسائر العيوب، ولو أنها رضيت بالتمام معه ثم طلقها ثم ارتجما لم يثبت لها لمطالبة كذا ههنا، وقولهم إنها تكون في

وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم ومعه أكثر من أربع نسوة فأسلمن في عدتهن أو كن كتابيات لم يكن له إمساكن كلهن بغير خلاف نعمه ولا يملك إمساك أكثر من أربع فإذا أحب ذلكم اختار أربعا منهن وفارق سائرهن سواء تزوجهن في عقد واحد أو عقود وسواء اختار الاوائل أو الاواخر نص عليه أحمد وبه قال الحسن ومالك واليث ولاوزاعي والثوري والشافعي وإسحاق ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة وأبو يوسف إن كان تزوجهن في عقد انفخ نكاح جميعهن وإن كان في عقود فنكاح الاوائل صحيح ونكاح ما زاد على أربع باطل لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع فتحريمه من طريق الجمع فلا يكون مخيرا فيه بعد الاسلام كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر ثم أسلموا ولنا ما روى قيس بن الحارث قال أسلمت ونحيتي ثمان نسوة فأبى النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال « اختر منهن أربعا » رواه الامام احمد وأبو داود، وروى محمد بن يزيد الثقفي أن غيلان بن سلمة أسلم ونحيت عشر نسوة فأسلمن معه فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعا، رواه الترمذي ورواه مالك في موطنه عن الزهري مرسل ورواه الشافعي في مسنده عن ابن علية عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه إلا أنه غير محفوظ غلط فيه معمر وخالف فيه أصحاب الزهري، وكذلك قال الامام أحمد والتزمذي وغيرها ولأن كل عدد جاز له ابتداء العقد عليه جاز له إمساكه بنكاح مطلق في حال الشرك كما لو تزوجهن بغير شهود، وأما إذا تزوجت زوجين فنكاح الثاني باطل لأنها لم تكن ملك غيرها وإن جمعت بينهما لم يصح لأنها لم تملكه جميع بضعها ولأن ذلك ليس بشائع عند أحد من أهل الاديان ولأن المرأة ليس لها اختيار النكاح وفسخه بخلاف الرجل

(فصل) ويجب عليه ان يختار أربعا ويفارق سائرهن أو يفارق الجميع لأن النبي ﷺ أمر قيسا وغيلان بالاختيار وأمره يقتضي الوجوب ولأن المسلم لا يجوز اقراره على أكثر من أربع فإن أبى

نكاح دون نكاح احتمال بعيد فان العنة جيلة وخلفه لا تتغير ظاهراً ولذلك ثبت لها الفسخ بعد المدة فان ادعى عليها العلم بهتته فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لان الاصل عدم العلم ، وإن أقرت أو ثبتت بيينة ثبت نكاحها وبطل خيارها

﴿مسئلة﴾ قال (وان علمت انه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ويؤجل سنة من يوم ترافعه)

لانعلم في هذا اخلاقاً وذلك لان سكوتها بعد العقد ليس بدليل على الرضى لانه زمن لانك فيه الفسخ ولا الامتناع من استمتاعه فلم يكن سكوتها مسقطاً لحقها كسكوتها بعد ضرب المدة وقبل انقضائها ولو سكنت بعد المدة لم يطل خيارها أيضاً لان الخيار لا يثبت إلا بعد رفعه الى الحاكم وثبوت مجيزه فلا يضر السكوت قبله

أجبر بالحس والتعزير الى أن يختار لان هذا حق عليه يمكنه إبقاؤه وهو ممتنع منه فأجبر عليه كإيفاء الدين ، وليس للحاكم أن يختار عنه كما يطلق على المولي إذا امتنع من الطلاق لان الحق ههنا لغير معين وإنما تعيين الزوجات باختياره وشهوته ، وذلك لا يعرفه الحاكم فينوب عنه فيه ، فان جن خلي حتى يعود عقله ثم يجبر على الاختيار

﴿مسئلة﴾ (وعليه نفقتهن الى أن يختار) لانهن محبوسات عليه ولأنهن في حكم الزوجات أيهن اختار جاز (فصل) ولو زوج الكافر ابنه الصغير أكثر من أربع ثم أسلموا جميعاً لم يكن له الاختيار قبل بلوغه فانه لا حكم لقوله وليس لاييه الاختيار لان ذلك حق يتعلق بالشهوة فلا يقوم غيره مقامه فيه فاذا بلغ الصبي كان له أن يختار حينئذ وعليه النفقة الى أن يختار فان مات الزوج لم يقر وارثه مقامه لما ذكرنا في الحاكم .

(فصل) وصفة الاختيار أن يقول اخترت هؤلاء أو أمسكتن أو اخترت حبسهن أو أمساكهن أو نكاحن ، أو أمسكت نكاحن ، أو أثبت نكاحن ، وإن قال لما زاد على الأربع : فسخت نكاحن كان اختياراً للأربع .

﴿مسئلة﴾ (وإن طاق إحداهن كان اختياراً لها)

لان الطلاق لا يكون إلا في زوجة ، وإن قال فارقت هؤلاء أو اخترت فراق هؤلاء فان لم ينو به الطلاق كان اختياراً لغيرهن لقول النبي ﷺ « اختر منهن أربعاً وفارق سائرهن » وهذا يقتضي أن يكون لفظ الفراق صريحاً وكذا في حديث فيروز الديلمي قال فعمدت الى أقدمهن صعبة ففارقتها ، وهذا الموضع اختص بهذه اللفظة فيجب أن يتخصص فيه بالفسخ فان نوى به الطلاق كان اختياراً لمن دون غيرهن .

(مسئلة) قال (وان قالت في وقت من الاوقات قد رضيت به عنيانا لم يكن

لها المطالبة بعد)

وجملة الامر أنها متى رضيت به عنيانا يبطل خيارها سواء قالت عقيب العقد أو بعد ضرب المدة أو بعد انقضائها ولا نعلم في بطلان خيارها بقولها ذلك بعد انقضاء المدة خلافاً لما قبلها فان الشافعي قال في الجديد لا يبطل خيارها لان حقها في الفسخ إنما يثبت بعد انقضاء المدة فلم يصح إسقاطه قبلها كالشفيع يسقط حقه قبل البيع

ولما أنها رضيت بالعيب بعد العقد فسقط خيارها كسائر العيوب وكما بعد انقضاء المدة وما ذكره غير صحيح فان العنة التي هي سبب الفسخ موجودة وأما المدة ليعلم وجودها ويتحقق عليها فهي كالبينة في سائر العيوب^(١) ويفارق الشفعة فان سبب البيع ولم يوجد بعد، فإن قيل فلورضيت المرأة (١) في نسخة العقود

وذكر القاضي فيه عند الطلاق وجهين (أحدهما) أن يكون اختياراً للفارقات لان لفظ الفراق صريح في الطلاق والاول أولى .

(مسئلة) (وان وطئ احداهن كان اختياراً لها في قياس المذهب)

لانه لا يجوز إلا في ملك فيدل على الاختيار كوطء الجارية المباعة بشرط الخيار

(مسئلة) (وان طلق الجميع أفرع بينهن فأخرج أربعاً منهن بالفرقة فكأن المختارات ووقع طلاقهن وانفسخ نكاح البواقي وله نكاح البواقي فان كان الطلاق ثلاثاً فتنقضت عدتهن فله أن يتكح من الباقيات لأنهن لم يطلقن منه ولا تحل له المطلقات إلا بعد زوج واصابة، ولو أسلم ثم طلق الجميع قبل اسلامهن ثم أسلمن في المدة أمر أن يختار أربعاً منهن فاذا اختارهن تبينا أن طلاقه وقع بهن، لأنهن زوجات وبتعدد من حين طلاقه وبأن البواقي باختياره لغيرهن ولا يقع بهن طلاقه وله نكاح أربع منهن اذا انقضت عدة المطلقات لان هؤلاء غير مطلقات، والفرق بينها وبين التي قبلها أن طلاقهن قبل اسلامهن في زمن ليس له الاختيار فيه فاذا أسلمن تجدد له الاختيار حينئذ، وفي التي قبلها طلقهن وله اختيار، والطلاق يصلح اختياراً وقد أوقفه في الجميع وليس بضمن أولى من بعض فصرن إلى الفرقة لتساوي الحقوق .

(مسئلة) (وان ظاهر أو آلى من احداهن فهل يكون اختياراً لها ؟ على وجهين)

(أحدهما) لا يكون اختياراً لانه يصح في غير زوجة (والثاني) يكون اختياراً لان حكمه

لا يثبت في غير زوجة وإن قذفها لم يكن اختياراً لها لانه يقع في غير زوجة

(فصل) (وان اختار منهن أربعاً وفارق البواقي فعدهن من حين اختار لأنهن بن منه بالاختيار

بالاعسار ثم اختارت الفسخ ملكته ، ولو آلى منها فرضيت بالمقام معه ثم طالبت بالعنة كان لها ذلك ، قلنا الفرق بينهما أن النفقة يتجدد وجوبها كل يوم فإذا رضيت باسقاط ما يجب لها في المستقبل لم ينسقط لانها أسقطته قبل وجوبه فأشبهه اسقاط الشفعة قبل اليتم بخلاف العيب ولأن الاعسار يعقبه اليسار فتراضى بالمقام رجا ، ذلك وكذلك المولي يجوز أن يكفر عن عيته ويطأ فإذا لم يوجد ذلك ثبت لها الخيار فأما العنين إذا رضيته فقد رضيت بالعجز من طريق الخلقة وهو معنى لا يزول في العادة فافترقا

(مسألة) قال (وإن اعترفت أنه قد وصل اليها مرة بطل أن يكون عنيئا)

أكثر أهل العلم على هذا يقولون متى وطئ امرأته مرة ثم ادعت عجزه لم تسمع دعواها ولم تضرب له مدة منهم عطاء وطارس والحسن ويحيى الانصاري والزهرى وعمر بن دينار وقنادة وابن هاشم ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي وقال أبو ثور إن عجز عن وطئها أجل لها لانه عجز عن وطئها فيثبت حقها كما لوجب بعد الوط.

ويحتمل أن تكون عدتهن من حين اسلم لانهن بين بإسلامه وأما بين ذلك باختياره فيثبت حكمه من حين الاسلام كما إذا اسلم أحد الزوجين فلم يسلم الآخر حتى انقضت عدتهن وفرقتهن فسخ لأنها تثبت بإسلامه من غير لفظ فيهن وعدتهن كمدة المطلقات لأنها عدة من فسخ نكاحها وإن ماتت إحدى المختارات وبأنت منه وانقضت عدتها فله أن ينكح واحدة من المفارقات وتكون عنده على طلاق ثلاث لأنه لم يطلقها قبل ذلك ، وإن اختار أقل من أربع أو اختار ترك الجميع أمر بطلاق أربع أو تمام الأربع لأن الأربع زوجات لا يبن منه إلا بطلاق أو ما يقوم مقامه فإذا طلق أربعة منهن وقع طلاقه وانفسخ نكاح الباقيات لاختياره لهن وتكون عدة المطلقات من حين طلق وعدة الباقيات على الوجهين

(مسألة) (فإن مات فعلى الجميع عدة الوفاة)

هكذا ذكره في الكتاب المشروح والاولى أن من كانت منهن حاملا فعدتها بوضعه لأن ذلك تنقضي به العدة في كل حال ومن كانت آيسة أو صغيرة فعدتها عدة الوفاة لأنها أطول العدين في حقها ومن كانت من ذوات القروء اعتدت أطول الاجلين من ثلاثة قروء وأربعة أشهر وعشر لتنقضي العدة ييقين لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة وعدة المختارة عدة الوفاة وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأحببنا أطولها لتنقضي العدة ييقين كما قلنا فيمن نسي صلاة لا يعلم عينا عليه خمس صلوات هذا الذي ذكره شيخنا في كتاب المغني والكافي وهو مذهب الشافعي وهو الصحيح والقول الاول لا يصح

(مسألة) (والميراث لأربع منهن بالقرعة في قياس المذهب)

وعند الشافعي يوقف حتى يسطلحن وسنذكر هذا في غير هذا الموضع إن شاء الله تعالى ، وإن اخترن الصلح جاز كيفما اصطلحن لأن الحق لهن

ولنا أنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح وزوال عنته فلم تضرب له مدة كما لو لم يعجز ولأن حقوق الزوجية من استقرار المهر والعدة تثبت بوطء واحد وقد وجد وأما الجب فانه يستحق به العجز فاقرقا

(فصل) والوطء الذي يخرج به عن العنة هو تغيب الحشفة في الفرج لان الاحكام المتعلقة بالوطء تتعلق بتغيب الحشفة فكان وطأ صحيحاً فان كان الذكر مقطوع الحشفة ففيه وجهان (أحدهما) لا يخرج عن العنة الا بتغيب جميع الباقي لانه لا أحد ههنا يمكن اعتباره فاعتبر تغيب جميعه ولانه المعنى الذي يتحقق به حصول حكم الوطء (والثاني) يعتبر تغيب قدر الحشفة ليكون ما يجزى من المقطوع مثل ما يجزى من الصحيح وللشافعي قولان كذا بين

(فصل) ولا يخرج عن العنة بالوطء في الدبر لانه ليس بمحل للوطء فأشبه الوطء فيها دون الفرج ولذلك لا يتعلق به الاحلال لزوج الاول ولا الاحصان وان وطئ في القبل حائضاً أو نفساء

(فصل) وإذا أسلم قبلهن وقتلنا تمجّل الفرقه باختلاف الدين فلا كلام وان قلنا تنقّب على انقضاء العدة فلم يسلمن حتى انقضت عدتهن تبيّن أنهن بن من ذلك اختلاف الدين فان كان قد طلقهن قبل انقضاء عدتهن تبيّن ان طلاقه لم يقع بهن وله نكاح أربع منهن اذا أسلمن وان كان وطئهن تبيّن انه وطئهن غير نسائه وان آلى منهن أو ظاهر أو قذف تبيّن ان ذلك كان في غير زوجة وحكمه حكم ما لو خاطب بذلك أجنبية فان أسلم بعضهم في العدة تبيّن انها زوجة فوق طلاقه بها وكان وطؤه لها وطأ لمطلقته وان كانت المطلقة غيرها فوطؤه لها وطء لأمراءته وكذلك ان كان وطؤه قبل طلاقها وان طلق الجميع فأسلم أربع منهن أو أقل في عدتهن ولم يسلم البواقي تبينت الزوجية في المسلمات ووقع الطلاق بهن فاذا أسلم البواقي فله ان يتزوج منهن لانه لم يقع طلاقهن

(فصل) ولو أسلم ونحوه ثمان نسوة فأسلم أربع منهن فله اختيارهن وله الوقوف الى أن يسلم البواقي فان مات اللاتي أسلمن ثم أسلم الباقيات فله اختيار الميتات وله اختيار الباقيات واه اختيار بعض هؤلاء وبعض هؤلاء لان الاختيار ليس بمقدّر وأما هو تصحيح للعقد الاول فيهن والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته وحال ثبوته كن أحياء وان أسلمت واحدة منهن وقال اخترتها جاز فاذا اختار أربعاً على هذا الوجه انفسخ نكاح البواقي وان قال للمسلمة اخترت فسرخ نكاحها لم يصح لان النسخ انما يكون فيما زاد على الرابع والاختيار للاربع وهذه من جملة الاربع الا أن يريد بالنسخ الطلاق فيقع لانه كتابة ويكون طلاقه لها اختياراً لها وان قال اخترت فلانة قبل أن تسلم لم يصح لانه ليس بوقت للاختيار لانها جارية الى ينونة فلا يصح امساكها وان فسرخ نكاحها لم ينفسخ لانه لم يجز الاختيار لم يجز الفسخ وان نوى بالفسخ الطلاق أو قال أنت طالق فهو موقوف فان أسلمت ولم يسلم زيادة علي أربع أو أسلم زيادة فاخترها تبيّن وقوع الطلاق بها والا فلا

أو محرمة أو صائمة خرج عن العنة ، وذكر القاضي أن قياس المذهب أن لا يخرج من العنة لنص أحد على أنه لا يحصل به الإحصان والاباحة للزوج الأول ولأنه وطء محرم أشبه الوطء في الدبر ولأن أنه وطء في محل الوطء فخرج به عن العنة كالموطأ وهي مريضة يضرها الوطء ولأن العنة العجز عن الوطء ولا يمتنع مع وجود الوطء فإن العجز ضد القدرة فلا يمتنع مع وجود ضده ، وما ذكره غير صحيح لأن تلك أحكام يجوز أن تبقى مع وجود سببها لما منع أو لفوات شرط والعنة في نفسها أمر حقيقي لا يتصور بقاؤه مع انتفائه ، فأما الوطء في الدبر فليس بوطء في محله بخلاف مسئلتنا ، وقد اختار ابن عقيل أنه تنفي به العنة لأنه أصعب فمن قدر عليه فهو على غيره أقدر

(فصل) وإن وطئ امرأة لم يخرج به عن العنة في حق غيرها ، واختار ابن عقيل أنها يخرج عن العنة في حق جميع النساء ولا نسمع دعواها عليه منها ولا من غيرها وهذا مقتضى قول أبي بكر وقول كل من قال أنه يختبر بزواج امرأة أخرى ويحكى ذلك عن سمرة وعن عمر بن عبد العزيز وذلك لأن العنة خلفه وجبلة لا تتغير بتغيير النساء فإذا انتفت في حق امرأة لم تبق في حق غيرها

(فصل) وإن قال كلما أسلمت واحدة اخترتها لم يصح لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط ولا يصح في غير معين ، وإن قال كلما أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها لم يصح أيضا لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط ولا بما سلكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع ، فإن أراد به الطلاق فهو كما لو قال كلما أسلمت واحدة فهي طالق وفي ذلك وجهان (أحدهما) يصح لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط ويتضمن الاختيار ، وكلما أسلمت واحدة كان اختياراً لها وتطلق بطلاق (والثاني) لا يصح لأن الطلاق يتضمن الاختيار والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(فصل) إذا أسلم ثم أحرم بحج أو عمرة ثم أسلمن فله الاختيار لأن الاختيار استدامة للنكاح وتعيين المنكحة وليس ابتداء له ، وقال القاضي ليس له اختيار وهو ظاهر مذهب الشافعي ولنا أنه استدامة نكاح لا يشترط له رضي المرأة ولا ولي ولا شهود ولا يتجدد به مهر فجاز له في الأحرام كالرجمة

(فصل) فإن أسلمن معه ثم متن قبل اختياره فله أن يختار منهن أربعاً فيكون له ميراثهن ، ولا يرث الباقيات لأنهن لسن بزواج له وإن مات بهن فله الاختيار من الجميع فإن اختار الميتات فله ميراثهن لأنهن متن وهن نساؤه ، وإن اختار غيرهن فلا ميراث له منهن لأنهن أجنبيات ، وإن لم يسلم البواقي لزم النكاح في الميتات وله ميراثهن فإن وطئ الجميع قبل إسلامهن ثم أسلمن فاختار أربعاً منهن فليس لمن إلا المسمى لأنهن زوجات ولسائرهن المسمى بالعقد الأول ، ومهر المثل لوطء الثاني لأنهن أجنبيات ، وإن وطئن بعد إسلامهن فالوطءات أولاً المختارات والبواقي أجنبيات والحكم في المهر على ما ذكرنا

ولنا أن حكم كل امرأة معتبر بنفسها ولذلك لو ثبتت عنته في حقها فرضي بمضيق سقط حقها وحدها دون الباقيات ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها وهو ثابت في حقها لا يزول بوطء غيرها ، وقوله كيف يصح عجزه عن واحدة دون أخرى ؟ قلنا قد تنقض شهوته في حق إحداها لفطرط حبه إياها وميله إليها واختصاصها بجمال وجهها دون الأخرى ، فعلى هذا لو تزوج امرأة فأصابها ثم أبانها ثم تزوجها فنقض عنها فلها المطالبة لأنه إذا جاز أن يمن عن امرأة دون أخرى ففي نكاح دون نكاح أولى وعلى قول أبي بكر ومن وافقه لا يصح هذا بل متى وطئ مرة لم تثبت عنته أبداً

(مسئلة) (وان جب قبل الحول فلها الخيار في وقتها)

كان الخرقى أراد إذا ضربت له المدة فلم يصحبها حتى جب ثبت لها الخيار في الحال لاننا نتنظر الحول لنعلم عجزه ، وقد علمناه هنا يقينا فلا حاجة إلى الانتظار . قال القاضي ويلزم على هذا أن سائر

(فصل) وان أسلم ونحته أختان اختار منهما واحدة . هذا قول الحسن والاوزاعي والشافعي

واسحاق وأبي عبيد ، وقال أبو حنيفة في هذه كقوله في عشرة نسوة

ولنا ما روى الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يارسول الله إني أسلمت ونحتي أختان . قال « طلق أيهما شئت » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ولأن أنكحة الكفار صحيحة وانما حرم الجرم في الاسلام وقد أزاله فصيح كما لو طلق أحداها قبل إسلامه ثم أسلم والأخرى في حباله وكذلك الحكم في المرأة وعمتها وخالتها لان المعنى في الجميع واحد

(فصل) ولو تزوج وثنية فأسلمت قبله ثم تزوج في شركه أختها ثم أسلمت في عدة الاولى فله أن يختار منهما لانه أسلم ونحته أختان ، وإن أسلم هو قبلها لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها ولا أربعا سواها فان قبل لم يصح النكاح الثاني فاذا أسلمت الاولى في عدتها فنكاحها لازم لانها انفردت به (فصل) وإذا تزوج أختين فدخل بهما ثم أسلم وأسلمت معه فاختار إحداها لم يبطأها حتى تنقضي عدة الاخرى لئلا يكون واطناً لأحد الأختين في عدة الاخرى وكذلك اذا أسلم ونحته أكثر من أربع قد دخل بين فأسلمن معه وكن ثمانيا فاختار أربعاً منهن وفارق أربعاً لم يبطأ واحدة من المختارات حتى تنقضي عدة المفارقات لئلا يكون واطناً لأكثر من أربع ، فان كن خمساً ففارق إحداهن فله وطء ثلاث من المختارات ولا يبطأ الرابعة حتى تنقضي عدة المفارقة ، وان كن ستاً ففارق اثنتين فله وطء اثنتين من المختارات وان كن سبعاً ففارق ثلاثاً فله وطء واحدة من المختارات ولا يبطأ الباقيات حتى تنقضي عدة المفارقات فكلما انقضت عدة واحدة من المفارقات فله وطء واحدة من المختارات هذا قياس المذهب

العيوب الحادثة بعد العقد ثبت بها الخيار فان الخيار ههنا انما يثبت بالجب الحادث ولولاه لم يثبت الفسخ لاننا لم نتيقن غنته والجب حادث فلما ثبت الفسخ به علم أنه انما استحق بالجب الحادث ، وفي بعض الفسخ قبل الدخول ومعناها واحد ومحمتمل أنه انما استحق الفسخ ههنا بالجب الحادث لانه متضمن مقصود الغنة في العجز عن الوطء ومحتمل للمعنى الذي ادعته المرأة بخلاف غيره من العيوب والله أعلم

(مسئلة) قال (وان زعم أنه قد وصل اليها وادعت أنها عذراء أريت النساء الثقات فان شهدن بما قالت أجل سنة)

وجملته أن المرأة إذا ادعت غنة زوجها فزعم أنه وطئها وقالت انها عذراء أريت النساء فان شهدن بعذرتها فاقول قولها ويؤجل وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وإنما كان كذلك لان الوطء يزيل عذرتها فوجودها يدل على عدم الوطء فان ادعى ان عذرتها عادت بعد الوطء فاقول

(فصل) وإن تزوج أختين في حال كفره فأسلم وأسلمتا معا قبل الدخول فاختر احدهما فلا مهر للأخرى لانا تبينا أن الفرقة وقعت باسلامهم جميعا فلا تستحق مهر آ كما لو فسخ النكاح لميب في احدهما ولانه نكاح لا يقر عليه في الاسلام فلا يجب به مهر اذا لم يدخل بها كما لو تزوج المحوسى أخته ثم أسلما قبل الدخول وهذا الحكم فيما زاد على الاربع اذا أسلما جميعا قبل الدخول فاختر اربعا وانفسخ نكاح الواقى فلا مهر لمن فيما ذكرنا والله أعلم

(مسئلة) (وإن كانتا أما وبناتا ولم يدخل بالام انفسخ نكاحهما ، وإن كان دخل بالام فسد نكاحهما) أما اذا كان اسلامهم جميعا قبل الدخول فانه يفسد نكاح الام ويثبت نكاح البنت وهذا أحد قولي الشافعي واختيار المازني ، وقال في الآخر يختار أيهما أشاء لان عقد الشرك انما يثبت له حكم الصحة اذا ضم اليه الاختيار فاذا اختار الام وكأنه لم يعقد على البنت

والا قول الله تعالى (وأهات نسائكم) وهذه أم زوجته فتدخل في عموم الآية ولانها أم زوجته فتحرم عليه كما لو طلق ابنتها في حال شركه ، ولانه لو تزوج البنت وحدها ثم طلقها حرمت عليه أمها اذا أسلم فاذا لم يطلقها ويمسك بنكاحها أولى ، وقرههم انما يصح العقد بانضمام الاختيار اليه غير صحيح فان أنكحة الكفار صحيحة ثبت لها أحكام الصحة وكذلك لو انفردت كان نكاحها صحيحا لازما من غير اختيار ولهذا فوض اليه الاختيار ههنا ولا يصح أن يختار من ليس نكاحها صحيحا وانما اختصت الام بفساد نكاحها لانها تحرم بمجرد العقد على ابنتها على التأييد فلم يكن له اختيارها والبنت لانحرم قبل الدخول بأمرها فدين النكاح في أمها بخلاف الاختين

(فصل) فان كان دخل بالام أو بهما حرم نكاحهما على التأييد الام لانهما أم زوجته والبنت لانها ربيبة مدخول بأمرها . قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من تحفظ عنه من أهل العلم وهو قول الحسن

قولها لان هذا بعيد جداً ، وان كان متصوراً ، وهل تستحلف المرأة ؟ بمحتل وجهين (أحدهما) تستحلف لازالة هذا الاحتمال كما يستحلف سائر من قلنا القول قوله (والآخر) لا تستحلف لان ما يبعد جداً لا يثبت اليه لاحتمال كذب البيعة العادلة وكذب المقر في إقراره ، وهل يتبل قول امرأة واحدة ؟ على روايتين ، وهذا الذي ذكره الحرقى فيما إذا اختلفا في ابتداء الامر قبل ضرب الاجل فان اختلفا في ذلك بعد ضرب المدة وشهد النساء بمذرتها لم تقطع للمدة وان كان بعد انقضاء المدة فحكمه كحكم من اعترف انه لم يعأها ، وفي كل موضع شهد النساء يزوال عذرتها بالقول قوله فيسقط حكم قولها لانه تبين كذبها ، وان ادعت أن عذرتها زالت بسبب آخر فالقول قوله لان الاصل عدم الاسباب

وعمر بن عبد العزيز وقنادة ومالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق والشامي ومن تبعهم كان دخل بالبت وحدها ثبت نكاحها وقد نكح أمها كما لو لم يدخل بهما ، فإن لم يسلم معه إلا أحدهما كان الحكم كما لو أسلمنا معه ، فان كانت المسلمة هي الأم فهي محرمة عليه على كل حال ، وإن كانت البنت ولم يكن دخل بأمها ثبت نكاحها وإن كان دخل بها فهي محرمة على التأبيد ، وإن كان قد وطئ أحدهما حرمت الاخرى على التأبيد ولم يحرر الموطوءة ، وإن لم يكن وطئ واحدة منهما فلهوط أيتها شاء فاذا وطئها حرمت الاخرى على التأبيد والله أعلم

(فصل) واذا أسلم عبد ونحوه زوجتان قد دخل بهما وأسلمنا في العدة فمما زوجتا ، وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين لانه حكم العبد فيما زاد على الاربع ، فاذا أسلم ونحوه زوجتان فأسلمنا معه أو في عدتهما لم نكحه حرين كانتا أو أمتين أو حرة وأمة لان له الجم بينهما في ابتداء نكاحه فكذلك في اختياره وإن كن أكثر اختار منهن اثنتين بناء على ما مضى في الحر فلو كان تحت حرتان وأمتان فله أن يختار الحرتين أو الامتين أو حرة أو أمة وليس لاحرة اذا أسلمت معه الخيار في فراقه لانها رضى بنكاحه وهو عبد ولم يتجدد رقه بالاسلام ولا تجددت حريتها بذلك فلم يكن له اختيار كما لو تزوجت معها تعلم عيبه ثم أسلم . وذكر القاضي وجها أن لها الخيار لان الرق عيب تجددت أحكامه بالاسلام فكانه عيب حادث والاول أصح فان الرق لم يزل عيبا ونقصا عند العقلاء ولم يتجدد نقصه بالاسلام فهو كسائر العيوب .

(فصل) ولو أسلم ونحوه أربع حرائر فأعتق ثم أسلمن في عدتهن أو أسلمن قبله ثم اعتق ثم أسلم ثبت نكاح الاربع لانه ممن يجوز له الاربع في وقت اجتماع املاكهم لانه حر ، فأما ان أسلموا كلهم ثم اعتق قبل أن يختار لم يكن له أن يختار الا اثنتين لانه كان عبداً - بين ثبت له الاختيار وهو حال اجتماعهم على الاسلام فتغير حاله بعد ذلك لا يغير الحكم كمن أسلم ونحوه اماء فأسلمن معه ثم أسلم ولو أسلم معه اثنتان ثم أعتق ثم أسلم الباقيتان لم يختار الا اثنتين لانه ثبت له الاختيار بالاسلام الاولين (فصل) فان تزوج أربعا من الاماء فأسلمن وأعتق قبل اسلامه فلهن فسخ النكاح لانهن عتقن

(مسئلة) قال (وان كانت ثيباً وادعى انه يصل اليها أخلي معها في بيت وقيل له أخرج ماءك على شيء فان ادعت انه ليس بني جعل على النار فان ذاب فهو مني وبطل قولها ، وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى ان القول قوله مع يمينه)

اختلفت الرواية عن أبي عبد الله رحمه الله في هذه المسئلة فحكى الحرقى فيها روايتين (إحداهما) انه يخلى معها ويقال أخرج ماءك على شيء فان أخرجه فالقول قوله لان العين يضعف عن الانزال فاذا أنزل تبينا صدقه فتحكم به وهذا مذهب عطاء ، فان ادعت انه ليس بني جعل على النار فان ذاب فهو مني لانه شبيه بياض البيض وذلك اذا وضع على النار تجمع ويس وهذا يدوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به ، وعلى هذا متى عجز عن إخراج مائه فالقول قول المرأة لان الظاهر معها (والرواية الثانية) القول قول الرجل مع يمينه وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب

نحو عبد واما ملكن الفسخ وإن كن جاريات إلى بينونة لانه قد يسلم فيقطع جريانهن إلى البينونة ، فاذا فسخ ولم يسلم الزوج بن باخلاف الدين من حين أسلمن وتبين أن الفسخ لم يصح ، وإن أسلم في العدة بن فسخ النكاح وعليهن عدة الحرائر في الموضعين لانهن هنا وجبت عليهن العدة وهن حرائر وفي التي قبلا عتقن في أثناء العدة التي يكن لزوج ثلاثي النكاح فيها فأشبهن الرجعية فان أخرن الفسخ حتى أسلم لزوج فهن كالرجعية اذا عتقت وأخرت الفسخ لان تركن الفسخ اعتماد على جريانهن إلى البينونة فلم يتضمن الرضا بالنكاح ، ولو أسلم قبلهن ثم أعتقن فاخرن الفسخ صح لانهن اماء عتقن نحو عبد وهذا ظاهر مذهب الشافعي

وقال بعضهم لا خيار لمن لانه لا حاجة بهن إلى الفسخ لكونه يحصل بإقائتهن على الشرك بخلاف التي قبلا وإيس بصحيح فان السبب متحقق وقد يبدو لمن الاسلام وهو واجب عليهن ، فان قيل فاذا أسلمن اخرن الفسخ قلنا يتضررن بطول العدة فان ابتداءها من حين الفسخ ولذلك ملكن الفسخ فيما اذا أسلمن وعتقن قبله ، فأما إن اخرن المقام وقلن قد رضينا لزوج فذكر القاضي أنه يسقط خيارهن لانها حالة صح فيها اختيار الفسخ فصح فيها اختيار الإقامة كحال اجتماعهم على الاسلام . وقال أصحاب الشافعي لا يسقط اختيارهن لان اختيارهن الإقامة ضد الحالة التي هن عليها وعي جريانهن إلى البينونة فأشبهه ما لو اردت الرجعية فراجعها الزوج حال ردتها وهذا يبطل بما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فأت طالق ثم عتقت فاخرت زوجها

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (فان أسلم ونحوه اماء فأسلمن معه وكان في حال اجتماعهم على الاسلام ممن نحل له الاماء فله الاختيار منهن والا فسد نكاحهن اذا كان في حال اجتماعهم على الاسلام عاديا لطول خافتا لعنت فله أن يختار منهن واحدة فان

الرأي وابن المنذر لان هذا مما يتعذر اقامة البينة عليه وجنبته أقوى فان دعواه سلامة العقد وسلامة نفسه من العيوب والاصل السلامة فكان القول قوله كالنكر في سائر الدعاوي وعليه اليمين على صحة ما قال وهذا قول من سمينا ههنا لان قوله محتمل للكذب فتوبنا قوله يمينه كما في سائر الدعاوي الذي يستحلف فيها فان نكل قضي عليه بنكوله ، ويدل على وجوب اليمين عليه قول النبي ﷺ « ولكن اليمين على المدعى عليه »

قال القاضي ويتخرج أن لا يستحلف به على انكاره دعوى الطلاق فان فيها روايتين كذا ههنا ، والصحيح ما قال الحنفى لدلالة الخبر والمعنى عليه ، وروى عن أحمد رواية ناشئة ان القول قول المرأة مع يمينها حكاهما القاضي في المجرد لان الاصل عدم الاصابة فكان القول قولها لان قولها موافق الاصل واليقين معها ، وفي كل موضع حكنا بوطئه بطل حكم منته فان كان في ابتداء الامر لم تضرب له

كانت لانفعه فله أن يختار منهن من تعفي في احدى الروايتين والاخرى لا يختار الا واحدة وهو مذهب الشافعي وتوجيهها قد مضى ذكره وان عدم فيه الشرطان انفسخ النكاح في الكل ولم يكن له خيار وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور له أن يختار منهن لانه استدانة للعقد لا ابتداء له بدليل أنه لا يشترط شروط العقد أشبه الرجعة ولذا أن هذه امرأه لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الاسلام فلم يملك اختيارها كالمعتدة من غيره وذوات محارمه ، وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح الى البينة وهذا اثبات النكاح في امرأة فان كان دخل بهن ثم أسلم ثم أسلمن في عتقهن فالحكم كذلك وقال أبو بكر لا يجوز له ههنا اختيار بل يبن بمجرد اسلامه لثلا يفضي الى استدانة نكاح مسلم في أمة كافرة

ولنا أن اسلامهن في العدة كاسلامهن معه وان لم يسلمن الا بعد العدة انفسخ نكاحهن ان كن كتابيات لانه لا يجوز استدانة النكاح في أمة كتابية (مسئلة) فان أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر فله الاختيار منهن لان شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار)

وان أسلم وهو معسر فلم يسلمن حتى أسر فليس له الاختيار لذلك وان أسلمت احداهن وهو موسر ثم أسلم البواقي بعد إعساره لم يكن له أن يختار منهن شيئاً لان وقت الاختيار دخل باسلام الأولى ألا ترى أنه اذا كان معسر كان له اختيارها فاذا كان موسراً بطل اختياره وان أسلمت الأولى وهو معسر فلم يسلم البواقي حتى أسر لزم نكاح الأولى ولم يكن له الاختيار من البواقي لان الأولى اجتمعت معه في حال يجوز ابتداء نكاحها بخلاف البواقي ، ولو أسلم وأسلمن معه وهو معسر فلم يختار حتى أسر كان له أن يختار لان ثبوت حال الاختيار كان لذلك تغيير حاله لا يسقط ما ثبت كما لو تزوج أو اختار ثم أسر لم يحرم عليه استدانة النكاح

مدة وان كان بعد ضرب المدة انقطعت وان كان بعد انقضائها لم يثبت لها خيار، وكل موضع حكمنا بعدم الوطء منه ثبت حكم عنته كما لو أقر بها، واختار أبو بكر انه يزوج امرأة لها حظ من المال وتعطى صداقها من بيت المال ويحلى معها وتسل عنه ويؤخذ بما تقول فان أخبرت انه يطاء كذبت الاولى، ورأى الثانية بالخيار بين الافاء والفسخ وصداقها من بيت المال وان كذبت فرق بينه وبينها وصداق الثانية من ماله ههنا لما روي ان امرأة جاءت إلى سمرة فشكت اليه انه لا يصل اليها زوجها فكتب إلى معاوية فكتب اليه: أن زوجه بأمرأة ذات جمال يذكر عنها الصلاح وسقى اليها للهر من بيت المال عنه فان أصابها قد كذبت وان لم يصحبها فقد صدقت ففعل ذلك سمرة فجاءت المرأة فقالت ليس عنده شيء ففرق بينهما وقال الاوزاعي يشهد امرأتان ويترك بينهما ثوب ويجماع امرأته فاذا قام عنها نظرنا إلى فرجها فان كان فيه رطوبة الماء فقد صدق والا فلا، وحكي عن مالك مثل ذلك الا انه اكتفى بواحدة والصحيح ان القول قوله كما لو ادعى الوطء في الابل ولما قدمنا واعتبار خروج الماء ضعيف لانه قد

(مسئلة) (وان أسلمت احدها من بعده ثم عنت ثم أسلم البواقي فله الاختيار منهن لان العبرة بحالة الاختيار وهي حالة اجتماعهم على الاسلام وحالة اجتماعهما على الاسلام كانت أمة، وان عنت احدها من ثم أسلمت ثم أسلم البواقي لم يكن له أن يختار من الاماء لانه ملك لعصمة حرة حين اجتماعهما على الاسلام.

(فصل) فان أسلم وأسلمت معه واحدة منهن وهو ممن يجوز له نكاح الاماء فله أن يختار من أسلمت معه لان له أن يختارها لو أسلم من كلهن فكذلك اذا أسلمت وحدها وان أحب انتظار البواقي جاز لان له غرضا صحيحا وهو أن يكون عنده من هي أبر عنده من هذه فان انتظرهن فلم يضمن حتى انقضت عدتهن تبين أن نكاح هذه كان لازما وبين البواقي منذ اختلف الدينان وان أسلمن في العدة اختار منهن واحدة وانفسخ نكاح الباقيات من حين الاختيار وعدتهن من حين الاختيار، وان أسلم بعض دون بعض بن اللاتي لم يسلمن منذ اختلف الدينان والبواقي من حين اختياره، وان اختار التي أسلمت معه حين أسلمت انقطعت عصمة البواقي وثبت نكاحها، فان أسلم البواقي في عدة تبين انهن بن منه باختياره وعدتهن من حينئذ، وان لم يسلمن بن باختيار الدين وعدتهن منه. وان طلق التي أسلمت معه طلق وكان اختيارا لها وحكم ذلك حكم ماله اختيارها صريحا لان ايقاع نكاحها عليها يتضمن اختيارها، فأما ان اختار فسخ نكاحها لم يكن له لان الباقيات لم يسلمن معه فزاد العدد على ماله امساكه في هذه الحال لا ينفسخ نكاحها. ثم ننظر فان لم يسلم البواقي لزمه نكاحها وان أسلمن واختار منهن واحدة انفسخ نكاح الاولى معهن. فان اختار الاولى التي فسخ نكاحها صح اختياره لها لان فسخه لنكاحها ما صح

وفيه وجه آخر ذكره القاضي انه لا يصح اختياره لها لان فسخه انما لم يصح مع إقامة البواقي على

بطاً ولا ينزل وقد ينزل من غير وط فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء وقد يعجز
السلام القادر عن الوط في بعض الاحوال، وليس كل من عجز عن الوط في حال من الاحوال أوقفت
من الاوقات يكون عتيماً، ولذلك جعلنا مدته سنة، وتزوجه بامرأة ثانية لا يصح لذلك أيضاً ولأنه
قد يعجز عن امرأة دون أخرى، ولأن نكاح الثانية ان كان مؤقلاً أو غير لازم فهو نكاح باطل
والوط فيه حرام وان كان صحيحاً لازماً ففيه إضرار بالثانية ولا ينبغي أن يقبل قولها لأنها تريد
بذلك تخليص نفسها فهي متهمة فيه وليست بأحق أن يقبل قولها من الاولى، ولأن الرجل لو أقر
بالعجز عن الوط في يوم أو شهر لم تثبت عنه بذلك، وأكثر ما في الذي ذكره ان ثبت عجزه عن الوط
في اليوم الذي اختبروه فيه فإذا لم تثبت عنه باقراره بعجزه فلأن لا تثبت بدعوى غيره ذلك عليه اولى

(مسئلة) قال (واذا قال الخثى المشكل أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ولم يكن له
أن ينكح بغير ذلك بمد وكذلك لو سبق فقال أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً)

والخثى هو الذي في قلبه فرجان : ذكر رجل وفرج امرأة لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى،
قال الله تعالى (وأنه خلق الزوجين الذكر والانثى) وقال تعالى (وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء)

الكفر حتى تنقضي العدة لأننا تبينا أن نكاحها كان لازماً فإذا أسلمن لحق اسلامهن بذلك الحال فصار
كأنهن أسلمن في ذلك الوقت فإذا فسخ نكاح إحداهن صح الفسخ ولم يكن له أن يختارها .
وهذا يبطل بما لو فسخ نكاح إحداهن قبل اسلامها فإنه لا يصح ولا يجعل اسلامهن الموجود في
الثاني كالوجود سابقاً كذلك ههنا

(مسئلة) (وان أسلم ونحته حرة وإماء فأسلمت الحرة في عتقها قبلهن أو بعدهن انفسخ نكاحهن)
إذا أسلم ونحته حرة وإماء ففيه ثلاث مسائل (إحداهن) أسلم وأسلمن معه كهن فإنه يلزمه
نكاح الحرة وينفسخ نكاح الاماء، لانه قادر على الحرة فلا يختار أمة . وقال أبو ثور له أن يختار وقد
مضى الكلام معه (الثانية) أسلمت الحرة معه دون الاماء، ثبت نكاحها وانقطعت عصمة الاماء
فان لم يسلمن حتى انقضت عددهن بن باختلاف الدين وابتداء عددهن من حين أسلم، وان أسلمن في
معددهن بن من حين اسلام الحرة وعددهن من حين اسلامها . فان ماتت الحرة بعد اسلامها لم يتغير الحكم
بموته لان موته بعد ثبوت نكاحه وانفساخ نكاح الاماء لا يؤثر في إباحتهن

(الثالثة) أسلم الاماء دون الحرة وهو معسر فلا يخلو اما ان تنقضي عتقها قبل اسلامها فتبين
باختلاف الدين وله أن يختار من الاماء لانه لم يقدر على الحرة أو تسلم في عتقها فثبت نكاحها ويبطل
نكاح الاماء كما لو أسلمن دفعة واحدة ليس له أن يختار من الاماء قبل اسلامها وانقضاء عتقها لأنها
لا نكحها لا تسلم فان طلق الحرة ثلاثاً قبل اسلامها ثم لم تسلم لم يقع الطلاق ولأننا تبينا أن النكاح

فليس ثم خلق ثالث، ولا يخلو الخشى من أن يكون مشكلا أو غير مشكل فإن لم يكن مشكلا بأن تظهر فيه علامات الرجال فهو رجل له أحكام الرجال أو تظهر فيه علامات النساء فهو امرأة له أحكامهن، وإن كان مشكلا فلم تظهر فيه علامات الرجال ولا النساء، فاختلف أصحابنا في نكاحه فذكر الحرقى أنه يرجع إلى قوله فإن ذكر أنه رجل وأنه يميل طبيعه إلى نكاح النساء، فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبيعه إلى الرجال زوج رجلا لانه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته وليس فيه إيجاب حق على غيره فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في حيضها وعدتها، وقد يعرف نفسه يميل طبيعه إلى أحد الصنفين وشهوته له فإن الله تعالى أجرى العادة في الحيوانات يميل الذكر إلى الأنثى ويميلها إليه وهذا الميل أمر في النفس والشهوة لا يطلع عليه غيره وقد تعذرت علينا معرفة علاماته الظاهرة فرجع فيه إلى الأمور الباطنة فيما يختص هو بمحكمه .

وأما الميراث والدية فإن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو دينه قبل منه، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لانه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره، وما كان من عباداته وسترته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه لانه حكم بينه وبين الله تعالى قال القاضي ويقبل قوله في الإمامة وولاية النكاح ومالا يثبت حقا على غيره، وإذا زوج امرأة أو رجلا ثم عاد فقال خلاف قوله الأول لم يقبل في التزويج بغير الجنس الذي زوجه أولا لأنه مكذب لنفسه ومدع ما يوجب الجمع بين تزويج الرجال والنساء

انفسخ باختلاف الدين وله الاختيار من الاماء، وإن أسلمت في عدتها بأن أن نكاحها كان ثابتا ووقع فيه الطلاق وبها الاماء بثبوت نكاحها قبل الطلاق

(فصل) فإن أسلم وتحتة إماء وحررة فأسلمن ثم عتقن قبل اسلامها لم يكن له أن يختار منهن لأن نكاح الامة لا يجوز لتأد على حرة وإنما يعتبر حاله حال ثبوت الاختيار وهو حالة اجتماع اسلامه واسلامهن ثم ينظر فإن لم تسلم الحرة فله الاختيار منهن ولا يختار الا واحدة اعتبارا بحالة اجتماع اسلامه واسلامهن، وإن أسلمت في عدتها ثبت نكاحهن وانقطع عصمتهم فإن كان قد اختار واحدة من المعتقات في عدة الحرة ثم لم تسلم فلا عبرة باختياره لأن الاختيار لا يكون موقوفا، فأما ان عتقن قبل أن يسلمن ثم أسلمن واجتمعن معه على الاسلام وهن حرائر فإن كان جميع الزوجات أربعا فما دون ثبت نكاحهن وإن كن زائدات على أربع فله أن يختار منهن أربعا وتبطل عصمة الخامسة لانهن صرن حرائر في حالة الاختيار وهي حالة اجتماع اسلامه واسلامهن فصار حكمهن حكم الحرائر الأصلية وكألو أعتقن قبل اسلامه واسلامهن وإن أسلمن قبله ثم أعتقن ثم أسلم فكذلك ويكون الحكم في هذا كألو أسلم وتحتة خمس حرائر أو أكثر على ما مر تفصيله

(فصل) ولو أسلم وتحتة خمس حرائر فأسلم معه منهن اثنتان احتمل أن يجبر على اختيار إحداهما لانه لا بد أن يلزمه نكاح واحدة منهما فلا معنى لاعتبار البواقي فإذا اختار واحدة ولم يسلم البواقي

لكن ان تزوج امرأة ثم قال أنا امرأة انفسخ نكاحه لافتراره بطلانه ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه ، وإن تزوج رجلاً وقال أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ نكاحه لان الحق عليه وهذا قول الشافعي ، وقال ابو بكر لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره وذكره نصاً عن أحمد في رواية الميموني وهذا الذي ذكره أبو اسحاق مذهبنا لشافعي وذلك لانه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح فلم يبح له كما لو اشبهت عليه أخيه بنسوة وكما لو لم يقل أني رجل ولا امرأة ولان قوله لا يرجع اليه في شيء من أحكامه من الميراث والدية وغيرها في نكاحه ولانه لا يعرف نفسه كما لا يعرف غيره ولانه قد اشبهه المباح بالمحظور في حقه فحرم كما ذكرناه

(مسألة) قال (واذا أصاب الرجل أو أصيبت المرأة بعد الحرية والبلوغ بنكاح صحيح وليس واحد منهما بزائل العقل رجلاً اذا زنيا والمسلم والكافر الحرة فيما وصفت سواء) ذكر الحرق رحمه الله في هذا الباب شرائط الاحصان ونحن نؤخره الى الحدود فانه أخص به والله أعلم

لزمه نكاح الثانية وكذلك ان لم يسلم من البواقي الا اثنتان لزمه نكاح الرابع ، وان أسلم الجميع في العدة كلف أن يختار ثلاثاً مع التي اختارها أولاً وينفسخ نكاح الباقية ، وعلى هذا لو أسلم معه ثلاث كلف اختيار اثنتين ، وان أسلم معه أربع كلف اختيار ثلاث منهن اذ لا معنى لا انتظار الخامسة ونكاح ثلاثة منهن لازم على كل حال ، وبمقتضى أن لا يجبر على الاختيار لانه انما يكون عند زيادة العدد على أربع وما وجد ذلك ، ولذلك لو أسلمت معه من الاماء لم يجبر على اختيارها كذا ههنا قال شيخنا والصحيح ههنا أنه يجبر على اختيارها لما ذكرنا من المغني ، وأما الامة فقد يكون له غرض في اختيار غيرها بخلاف مسئلتنا .

(مسألة) (وان أسلم عبد وتحتته اما فأسلمن معه ثم أعنتق فله أن يختار منهن) لانه حاله اجتماعهم على الاسلام كان عبداً يجوز له الاختيار من الاماء
(مسألة) (وان أسلم وأعنتق ثم أسلمن فحكمه حكم الحر) لا يجوز أن يختار الا بوجود الشرطين فيه لانه حاله اجتماعهم في الاسلام كان حراً فيشترط في حقه ما يشترط في حق الحر

تم بحمد الله وعونه الجزء السابع من كتابي المغني والشرح الكبير

وبليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء الثامن منها وأوله (كتاب الصداق)

فهرس محتويات الجزء السابع من كتابي المغني والشرح الكبير

صفحة	صفحة
٣٦	٢ كتاب الفرائض
٣٧	٣ حجب الاخ والاخت بالابن وابن الابن وبالاب . أسباب التوارث
٣٨	٤ حجب الاخ والاخت لام بالولد وولد الابن والاب والجد
٤٠	٥ بيان الكلالة ومعناها وقول أهل العلم فيها
٤١	٦ تمصيب الاخوات للبنات . ميراث ذوي الفروض
٤٢	٧ كون بنات الابن بمنزلة البنات عند عدمهن
٤٤	٨ سقوط بنات الابن بالبنات اذا عصبهن الذكر
٤٦	٩ الدليل الذي ثبت به فرض البنين واختلاف العلماء فيه
٥٢	١٠ تمصيب ابن الابن لمن في درجته مثل اخوته وبنات عمه
٥٣	١١ اجتماع بنات الابن مع بنت الصلب
٥٤	١٣ الاخوات من الاب بمنزلة الاخوات من الابوين عند عدمهن
٥٥	١٤ فروع في توريث الاخوات من الاب
٥٦	١٥ بيان الذكور الذين يعصبون اخواتهم
٥٧	١٦ ميراث الام للثلاث اذا لم يكن ولد ولا ولد ابن
٥٨	١٧ ميراث الاب للسدس مع الولد الذكر أو ولد الابن
٦٠	١٨ ميراث الزوج للنصف عند عدم الولد
٦٢	١٩ ميراث النصبه وأولام بالارث
٦٣	٢٠ المستثنان العمرتان . وبيان حكمهما
٦٤	٢١ المسئلة المشتركة وحكمها والمذاهب فيها
٦٥	٢٧ ميراث ابن العم اذا كان أحدهما أخا لام
٦٦	٢٨ فروع ومسائل في ميراث ابناء العم
٦٧	٣١ باب أصول السهام والفرائض التي تعول
٦٨	٣٢ المسائل التي يجتمع فيها نصف وسدس أو نصف وثلاث وبيان عولها
٦٩	٣٤ بيان بعض مسائل العول وضابطها وعولها
٧٠	
٧١	
٧٢	
٧٣	

صفحة	صفحة
٧٥	بيان المسألة الأكدرية وحكمها والمذاهب فيها ١٤٩
٧٨	بيان المسألة الحرقاء وحكمها واختلاف الصحابة فيها
٨٠	مسائل مختلفة في ميراث الجد مع الاخوة
٨٢	باب ميراث ذوي الارحام وعددهم
٨٥	كيفية توريث ذوي الارحام والمذاهب فيه
٨٨	اعطاء جميع التركة لمن انفرد من ذوي الارحام
٩٠	مسائل متنوعة في توريث ذوي الارحام
٩٢	تقديم الرد والاولى الملتقى على ذوي الارحام
٩٣	توريث ذوي الارحام مع الزوج والزوجة
٩٤	المسألة التي تعول من مسائل ذوي الارحام
٩٥	توريث الذكور والاناث من ذوي الارحام بالسوية
٩٦	مسائل في النسوية بين الذكور والاناث من ذوي الارحام
١٠٥	بيان مذهب أهل التنزيل وأهل القراية
١١٣	أحكام ميراث الخنثى المشكل
١١٨	ميراث الخنثى في حال دون حال
١١٩	تعديد الخنثى الوارث وحكمه
١٢٠	حكم من لم يبين فيه علامة الذكورة ولا الانوثة
١٢١	أحكام ميراث ابن الملاعنة
١٢٦	حكم ما إذا لم يترك ابن الملاعنة ذاً سهماً
١٢٧	تكذيب الملاعن نفسه بعد قسم ميراث ابن الملاعنة
١٢٨	ميراث ابن ابن الملاعنة
١٢٩	حكم ميراث ولد الزنا
١٣٠	بيان ان العبد لا يرث ولا يورث
١٣١	ميراث الاسير والمدير والمكاتب
١٣٢	فروع في ميراث المكاتب
١٣٣	ميراث المبعوض والميراث منه وحجبه
١٤٤	بيان ما يستحقه المقر به من الميراث
١٤٥	إقرار جميع الورثة بوارث أو إقرار الميت به
١٤٦	إقرار الابن الواحد بأخ من أبيه
١٤٩	أقرار الاكبر من الابنين بأخويه وتصديق الاصغر
١٥١	أقرار الابن بأخويه دفعة واحدة
١٥٢	أقرار البنت والاخت لصغيرة
١٥٤	أقرار الابن بأخ ثم حججه
١٥٧	أقرار من أعيلت له المسألة بمن يصبه
١٥٩	أقرار الوارث بمن لا يرث ويسقط به ميراثه
١٦٠	أقرار أحد الورثة بأن الوصي له اخو الميت
١٦١	كون القاتل لا يرث من المقتول شيئاً عمداً كان القتل أو خطأ
١٦٢	كون المانع من الارث انما هو القتل بغير حق
١٦٥	الاجماع على ان الكافر لا يرث المسلم ولا المسلم الكافر
١٦٧	توارث الكفار إذا كان دينهم واحداً
١٦٩	توارث أهل الملة الواحدة وإن اختلفت ديارهم
١٧٥	المرتد لا يرث أحد إلا إذا برجع قبل قسمة التركة
١٧١	كون من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له
١٧٤	جعل مال المرتد ميتاً إذا مات على ردة
١٧٦	كون الزنديق كالمرتد لا يرث ولا يورث
١٧٧	فسخ النكاح وعدم اتوارث بين الزوجين بارتدادهما معاً
١٧٨	بيان ميراث المجوسي ومن جرى مجراه
١٨٠	الميراث بجميع القرايات إذا أمكن
١٨١	فروع في الميراث بجميع القرايات
١٨٢	المسائل التي يجتمع فيها قرابتان مع الارث بهما
١٨٥	حكم ما إذا وطئ مسلم بعض محاربه بشبهة
١٨٦	حكم ما إذا غرقا المتوارثان أو ماتا تحت هدم
١٨٧	حكم ما إذا ادعى كل وارث أن موروثه مات آخر
١٨٩	حكم ما إذا غرق اخوات أحدهما مولى زيد والآخر مولى عمرو
١٩٠	حكم ما إذا غرق ثلاثة أخوة لا بويين أو مفترقين

صفحة	صفحة
٢٤٣ بطلان بيع الولاء وهبته	١٩٢ كون من لا يرث لا يحجب كالرفيق والقائل
٢٤٥ كون عتق السائبة لا ولاء فيه	١٩٣ كون المحجوب قد يحجب كالأخوة يحجبون الام
٢٤٧ عتق ذي الرحم المحرم ملك محرمه له	ويحجبون بالاب
٢٤٩ ولاء المكاتب والمدر لسيدهما	١٩٤ بيان ميراث الحمل والمذاهب فيه وأحواله
٢٦١ فصل في دور الولاء	١٩٧ الثمرات التي تشتري لميراث الحمل
٢٦٣ باب ميراث الولاء	٢٠٠ مسائل في استهلال أحد التوأمين إذا لم يعلم بعينه
٢٦٥ مسائل في ميراث النساء للولاء	٢٠٢ استهلال أحد التوأمين ثم استهلال الآخر
٢٦٩ كون الولاء انما يكون لا قرب عصبة المعتق	٢٠٣ ميراث غرة الجنين الواجبة بالجناية على أمه
٢٧٣ ميراث العصابات للولاء المولى	٢٠٤ ميراث دية المقتول والخلاف فيها
٢٧٤ مسائل في بيان أولى الولاء بآرث الولاء	٢٠٥ ميراث المفقود وأنواعه
٢٨٠ (كتاب الوديعة)	٢٠٦ فروع في ميراث المفقود وأحكامه
٢٨٢ المسائل التي تضمن فيها الوديعة	٢١٠ مسائل مختلفة في ميراث المفقود
٢٩٠ ادعاء الوديعة عند رجل وإنكاره لها	٢١٢ استواء نكاح المرض والصحة في صحة العقد
٢٩٤ ادعاء رجلين الوديعة وإقرار المودع لاحدهما	والميراث
٢٩٧ باب قسمة الفتي والغنيمة والصدقة	٢١٣ ميراث الزوجين قبل الدخول وعدم ثبوته في
٢٩٩ تقسيم خمس الفتي والغنيمة على خمسة أسهم	النكاح الفاسد
٣٠٢ تقسيم سهم رسول الله ﷺ في الكراع	٢١٤ فروع تتعلق بالميراث في النكاح الفاسد
والسلاح والمصالح	٢١٧ الطلاق وانتوارث فيه
٣٠٤ تقسيم سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب	٢٢٠ الطلاق الثلاث في المرض قبل الدخول
٣٠٧ تقسيم خمس امساكين وخمس ابن السبيل	٢٢١ تطليق المدخول بها رجعيًا ومرض الرجل
٣١١ أحكام تقسيم الفتي بين جميع المسلمين	في العدة
٣١٢ اعطاء أربعة أخماس الغنيمة لمن شهد الواقعة	٢٢٤ تعليق الطلاق في الصحة على شرط وجد
٣٢١ أحكام الرقاب وهم المكاتبون	في المرض
٣٢٢ يجوز للسيد دفع زكاته الى مكاتبه	٢٢٥ إكراه الابن امرأة أبيه على ما يفسخ به
٣٢٣ لا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه	نكاحها كوطئها
٣٢٤ صنف الفارمين	٢٢٧ فعل المربضة ما يفسخ نكاحها كرضاع امرأة صغيرة
٣٢٥ حكم ما إذا أراد الرجل دفع زكاته الى الفارم	٢٣٣ فروع في أحكام ميراث المطلقة
٣٢٧ الحج من سبيل الله	٢٣٤ أحكام اشتراك الرجلين في وطء المرأة
٣٢٨ مسألة ابن السبيل	٢٣٨ ﴿ كتاب الولاء ﴾
٣٢٩ كون الاعطاء الى جميع الاصناف غير واجب	٢٣٩ ثبوت الولاء للمعتق مع اختلاف الدين
٣٣٠ استحباب التفريق على ما أمكن من الاصناف	٢٤١ ثبوت الولاء للحربي على الحربي

صفحة	صفحة
٣٣١ أحكام جوائز السلطان ومذاهب الأئمة فيها	٣٦٦ حكم تزوج المرأة بغير اذن وليها
٣٣٣ ﴿كتاب النكاح﴾	٣٦٧ حكم تزوج من يعتبر اذنها
٣٣٤ ثبوت النكاح بالكتاب والسنة والاجماع	٣٦٨ أحكام عضل الولي الاقرب ومعنى العضل
٣٣٥ المذاهب في استحباب النكاح وفي تركه	٣٦٩ اذا كان ولي المرأة غائبا زوجها من هو أبعد منه من عصبتها
٣٣٧ لا نكاح إلا بولي وشاهدين من المسلمين	٣٧٠ مقدار الغيبة المتقطعة والتي لا يجوز للابعد التزويج فيها
٣٣٨ إذا نكحت المرأة نفسها فنكاحها باطل	٣٧١ اذا زوجت المرأة من غير كفء فالنكاح باطل
٣٣٩ اذا حكم بصحة العقد حاكم لم يحجز نقضه	٣٧٢ الرواية الثانية عن أحمد ان الكفائة ليست شرطاً في النكاح
٣٤٠ لا ينعقد النكاح الا بشهادة مسلمين	٣٧٣ حكم ما اذا رضي بالعقد بعض الاولياء ولم يررض البعض
٣٤١ لا ينعقد النكاح بشهادة رجل وامرأتين	٣٧٤ شروط الكفائة
٣٤٢ يصح انعقاد النكاح بشهادة عيدين	٣٧٥ غير قريش من العرب لا يكافئها
٣٤٣ — إذا نكح المرأة نكاحاً فاسداً فالواجب لها مهر مثلها	٣٧٦ خلاف في اليسار أشترط هو من شروط الكفائة
٣٤٤ لاحد في وطء النكاح الفاسد	٣٧٧ فروع فيما تعتبر فيه الكفائة بين الزوجين
٣٤٥ النكاح الفاسد والامور التي يساوي فيها الصحيح	٣٧٨ كفائة الموالى لبعضهم وحكم ولد الزنا
٣٤٦ بيان أولى الناس بنكاح المرأة الحرة	٣٧٩ تزويج الرجل ابنته البكر لمن هو كفؤها
٣٥٠ ثبوت ولاية التزويج للسلطان	٣٨٠ حكم اجبار البكر البالغة العاقلة
٣٥١ أحكام ولاية السلطان للتزويج	٣٨١ فروع في تزويج الاب ابنته البكر البالغة
٣٥٢ قيام الوكيل مقام الولي في التزويج	٣٨٢ كون الاجبار في النكاح انما يكون للاب فقط
٣٥٣ فصل في جواز التوكيل مطلقاً ومقيداً	٣٨٣ حكم زواج الجارية اذا بلغت تسع سنين
٣٥٤ يثبت للوكيل ما يثبت للموكل	٣٨٤ استحباب استئذان البكر البالغة
٣٥٥ اذا كان الاقرب من عصبتها طفلاً زوجها	٣٨٥ اذا زوج ابنته الثيب بغير اذنها فالنكاح باطل
الا بعد	٣٨٦ اذن الثيب الكلام واذن البكر الصامت
٣٥٦ الشروط المعتبرة لثبوت الولاية	٣٨٧ النطق بالاذن ابلغ من الصامت
٣٥٧ لا يشترط في الولي أن يكون بصيراً	٣٨٨ فصل في الثيب المتعبر نطقها
٣٥٨ يزوج امة المرأة باذنها من يزوجه	٣٨٩ فصل في المجنونة
٣٥٩ يزوج مولاتها من يزوج امته	٣٩٠ حكم ما اذا كان وليها الحاكم
٣٦٠ إذا كان للامة مولى فهو وليها	٣٩١ حكم الزواج بدون صداق المثل
٣٦١ أحكام زواج موليته اذا اذنت له	
٣٦٢ اذن المرأة لوليها في تزويجها من غير تعيين	
٣٦٣ أحكام تزويج الكافر المسلمة والمسلم الكافرة	
٣٦٤ تزويج الولي الابعد مع حضور الاقرب	

صفءة	صفءة
٤١٧ فروع فف الفروع	٣٩٢ فروع فف الزواء
٤١٨ حكم المءبرة وأم الولء	٣٩٣ تزوء اب الصبف والبائع المعوء
٤١٩ لائبء أئها أمة بمءرء اءءوء	٣٩٤ كون وصف اب بمزله فف فكاح الصبف
٤٢٠ ان كان المفعور عبءاً فولءه أءرار	٣٩٥ امءاع الزوءفج للصبف والمعوء بزياءة على
٤٢١ حكم مالوشرطها مسلمة فبائء كافرة	مهر المءل
٤٢٢ حكم مالو زوء امرأة بظئها ءرة فبائء أمة	٣٩٦ فكاح المءور علفه للسفه وأءواله
٤٢٣ فصول فف فكاح	٣٩٨ امءاع اءلفق امرأة المولى علفه على رفرا اب
٤٢٤ عءق الامة وجعل عءقا صءاؤها	٣٩٩ اءبار المءبرة والمعلق عءقا بصفة وأم الولء
٤٢٥ عءق المرأة عبءها بشرط أن فزوجها	٤٠٠ امءاع زوءفج العبء وهوكاره الا ان فكون صفرأ
٤٢٦ زواء الرجل أئفه بعءعءقا لفاءء الى اسءباء	٤٠١ زوءفج السفء عبءه الصفر وءكم مهر امرأته
٤٢٧ الالفاظ الءف فنعءد بها فكاح	ونفقءها
٤٢٨ كون عءق فكاح ففب أن فكون بالعرففة	٤٠٣ فروع فف شراء ءرة زوءها أو ملكها له
للقاءر علفها	بفة ونءوها
٤٣٠ فءقم القبول على الاءباب فف فكاح	٤٠٤ زوءفج الولفف مولفءهما من اءفن
٤٣١ المزل والاكراء فف فكاح وءراخف القبول	٤٠٦ زوءفج المرأة من اءفن وفسخ فكاح بمءل
عن الاءباب	الاول منهما
٤٣٢ امءاع ءبوء ءفار فف فكاح	٤٠٧ بءلان فكاح بوقوع عءفن معاً على امرأة
٤٣٣ ءءبة فف فكاح رفر واءفة عءء أهل العلم	واءة
٤٣٤ فسءءب اعلان فكاح والضرب ففه بالءف	٤٠٨ ءءوء كل من الزوءفف أنه السابق واقراءها
٤٣٥ فسءءب عءق فكاح فوم الجمعة	لواءء منها
٤٣٦ لفس لءءران فءم فف أن كءر من أربع زوءاء	٤٠٩ اذا زوء العبء بففر اءن سفءه فككاه باءل
٤٣٧ لفس لءعبء ان فءم الا اءفن	٤١٠ اذا ءءل العبء بمف فزوجها فعلى سفءها
٤٣٨ لءعبء ان فءسرى باءن سفءه	ءمساً المهر
٤٣٩ لءعبء الفسرى بما شاء اذا اءن له سفءه	٤١١ زوء العبء بففر اءن سفءه فعلق المهر برقبءه
٤٤٠ اذا اءن السفء لعبءه أن فءسرى فلفس له	ففءفه به السفء
أن فرءم	٤١٢ ان كان المهر الواءب على العبء زاءءاً على رقبءه
٤٤١ حكم مالو فلق ءر أو العبء ء	لم فلزفم السفء الزفاءة
٤٤٢ حكم مالو أسلم زوء المءوسفة والوفئفة ء	٤١٣ اذا زوء أمة على أنها ءرة فأصابها وولء
٤٤٣ اذا زنى بامرأة فلفس له أن فزوء ءءءا ءى	منه فالولء ءر
ففقضى عءئها	٤١٥ مسائل فف الفءاء والءفمان
٤٤٤ من ءءب امرأة فزوء بففرها لم فنعءق فكاح	٤١٦ الفصول الرابع فف المهر

صفحة	صفحة
٤٧٦ التحريم بلين الفحل	٤٤٥ من شرط صحة النكاح تعيين الزوجين
٤٧٨ حرمة الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها	٤٤٦ حكم ما لو كانت له ابنتان الخ
٤٧٩ جواز الجمع بين بنتي العم وبين بنتي الخال	٤٤٧ حكم ما لو كانت له ابنة واحدة فقال زوجته
٤٨٠ ما ينشأ اليه التحريم بسبب العقد على المرأة ابنتي	٤٤٩ اشتراط المرأة تزويجها طلاق ضررها وبطلانها
٤٨١ بنات المحرمات من الذمب والرضاع كهن	٤٥٠ الشروط الباطلة التي يصح العقد معها
٤٨٢ وطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة	٤٥١ الشروط التي تبطل النكاح من أصله
٤٨٣ الوطء على ثلاثة أضرب :	٤٥٢ اشتراط الخيار في الصداق خاصة لا يبطل النكاح
٤٨٤ لافرق فيما ذكر بين الزنا في القبل والدبر	٤٥٣ جواز النظر الى الحرة لمن يريد تزويجها
٤٨٥ يحرم على الرجل نكاح بنته من الزنا الخ	٤٥٤ أحكام نظر الرجل الى المرأة
٤٨٦ حكم من باشر فيها دون الفرج	٤٥٦ معنى ذوات المحارم وحكم النظر اليهن
٤٨٧ حكم ما لو نظر الى فرج امرأة بشهوة	٤٥٧ جواز نظر العبد الى وجه سيده وكعبها
٤٨٨ حكم ما لو نظرت المرأة الى فرج رجل بشهوة	٤٥٨ حكم نظر الامام الى المرأة ونظر كل من الزوجين
٤٨٩ حكم ما لو تزوج اختين في عقد واحد الى الآخر	٤٥٩ اباحة نظر السيد الى جميع بدن أمته وحكم
٤٩٠ فصل في المهر	٤٦٠ انظر للاجانب
٤٩١ حكم ما لو تزوج أخته من الرضاع وأجنبية في عقد	٤٦٠ تحريم نظر الرجل الى الأجنبية بدون سبب
٤٩٢ حكم ما لو اشترى أختين فأصاب أحديهما	٤٦١ انظر الى المعجوز التي لا تشتهى والى الامة
٤٩٣ فصول في الجمع بين الاختين في الملك	٤٦٢ النظر الى الطفلة التي تصلح للنكاح
٤٩٤ حكم المباشرة من الاماء فيما دون الفرج	٤٦٣ حكم نظر الرجل الى الرجل
٤٩٥ حكم ما لو تزوج الامة الموطوءة أو اخرجها عن ملكه	٤٦٤ حكم نظر المرأة الى المرأة
٤٩٨ لا بأس بالجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها	٤٦٥ أحكام نظر المرأة الى الرجل
٤٩٩ حكم ما لو تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها	٤٦٦ الشروط التي تصح في عقد النكاح
٥٠٠ حرائر نساء أهل الكتاب وذبايحهم حلال المسلمين	٤٦٧ فروع في تزوج الامة من غير شرط
٥٠١ أهل الكتاب هم أهل التوراة والانجيل	٤٦٨ استحباب اختيار ذات الدين لمريد الزوج
٥٠٢ لا تمل ذبايح الحوس ولا نكاح نسائهم	٤٦٩ بيان ما ينبغي للمتزوج أن يتخيره من النساء
٥٠٣ حكم سائر الكفار غير أهل الكتاب	٤٧٠ باب ما يحرم نكاحه والمحرمات بالانساب
٥٠٤ حكم ما لو تزوج كنانية فانتقلت الى دين آخر	٤٧١ أنواع المحرمات بالانساب وتحريم السبب
٥٠٥ فروع في نكاح المنتقل من دينه الى دين آخر	٤٧٢ ما يحرم بالمصاهرة وأقسامه
٥٠٦ حل الامة الكنانية لسيدها دون المجوسية	٤٧٤ فروع في تحريم نكاح الربية
	٤٧٥ بيان ما يحرم بالرضاع

صفحة		صفحة
٥٠٧	كل ملة حرم نكاح حرائرها يحرم نكاح	الفرقة بين الزوجين باسلام أحدهما بعد الدخول
٥٠٨	إيمانها	أحكام اختلاف الزوجين فيمن أسلم منها قبل صاحبه
٥٠٩	تحريم الامة الكتابية على المسلم ولو كان عبداً	اسلام الكافر ومعه أكثر من أربع نسوة
٥١٠	حكم تزوج المسلم الامة المسلمة وما يشترط له	تزوج ابن الكافر الصغير أكثر من أربع ثم اسلام جميعهن
٥١١	كل من قدر على تزوج كتابية تغف له لا يجل له	نكاح الامة
٥١٢	حكم ايسار الرجل بعد تزوجه الامة بشروطه	بيان عدة من وقع عليهم الاختيار
٥١٣	حكم تزوج الحرة على الامة	حكم ما لو أسلم وتحتته ثمان نسوة
٥١٤	العدد الذي يجوز نكاحه من الاماء بشروطه	حكم ما لو قال كلما أسلمت واحدة أخذتها
٥١٥	أحكام نكاح المرأة الزانية	لو أسلم وتحتته اثنتان اختار منها واحدة
٥١٦	« « « « وبيان عدتها	حكم ما لو تزوج وثنية فأسلمت قبله
٥١٨	اباحة نكاح الزانية بشرطين	حكم ما لو كان أم وبنت فأسلم واسلمنا الخ
٥١٩	منع الرجل من وطء أخته الفاجرة	» » اسلام عبد وتحتته زوجان
٥٢٠	خطبة المرأة للنكاح وأحكامها	» » » » وتحتته أربع حرائر
٥٢١	القسم الثالث من أقسام الخطبة	» » » » اماء
٥٢٢	التوبل في الرد والاجابة على الولي	أحكام اسلام الرجل على أربع إماء وهو عادم للطول
٥٢٣	خطبة الرجل على أخيه في موضع الهي محرمة	فروع في اسلام الرجل وتحتته اماء وحرة
٥٢٥	لا يجل لأحد خطبة الرجبية لا تعريضاً ولا نصراً بحا	اسلام الرجل وتحتته خمس حرائر
٥٢٦	حكم ما لو صرح أو عرض في موضع يحرم التعريض فيه	اسلام زوج الكتابية قبل الدخول
٥٢٧	يحرم على العبد نكاح سيده	تحاكم الكفار في عقود انكحهم بعد اسلامهم
٥٢٨	حكم المملوك والمرأة زوجها أو بعضه	تزوج الذمي الذمية على أن لا صداق لها
٥٢٩	لا يجوز للرجل أن يطأ جارية ابنه	أنكحة الكفار وثبوت أحكام الصحة لها
٥٣٠	إذا وطئ الابن جارية أبيه علماً بأنه تحريم فعليه الحد	أقرار الكفار على انكحهم المحرمة بشرطين
٥٣١	(باب نكاح أهل الشرك)	ارتداد أحد الزوجين قبل الدخول وانفساخ النكاح به
٥٣٢	إذا أسلم الوثني وقد تزوج بأربع وثنيات ولم يدخل من بن منه	حكم ارتداد الزوجين معاً قبل الدخول أو بعده
٥٣٣	حكم ما إذا حصلت الفرقة قبل الدخول	نكاح الشغار وأحكامه وبطلانه
٥٣٤	إذا أسلم الزوجان معاً فهما على النكاح	التهي عن نكاح الشغار
٥٣٥	حكم ما إذا أسلم أحد الزوجين بعد الدخول	حكم ما إذا سميا صداقاً في العقد
٥٣٦	» ما لو أسلم أحد الزوجين وتخلف الآخر	نكاح المتعة غير جائز

صفحة	صفحة
٥٩٦	٥٧٢ نهي النبي ﷺ عن متعة النساء
٥٩٧	٥٧٣ حكم ما اذا تزوج المرأة على ان يطلقها في وقت بعينه
أو بعده	
٥٩٨	٥٧٤ بطلان نكاح المحلل
٥٩٩	٥٧٥ حكم ما اذا شرط عليه التحليل قبل العقد
٦٠٠	يذكره في العقد الخ
٦٠١	٥٧٦ حكم عمر في قصة ذي الرقعتين
وازوجها عليها	٥٧٧ حكم ما لو شرط عليه أن يحلها قبل العقد
٦٠٢	٥٧٨ حكم ما لو عقد المحرم نكاحا الخ
باب أجل العنين والحصى غير المحبوب	٥٧٩ حكم ما لو وجد أحد الزوجين بصاحبه جنونا
٦٠٣	٥٨٠ الفصل الثاني في عدد العيوب المجوزة للفسخ
العنة وأحكامها وفسخ النكاح بها	٥٨١ الاختلاف في عدد العيوب التي تجوز للفسخ
٦٠٤	٥٨٢ الخيار بغير ما ذكر من العيوب
أجل العنين وابتدأه وكيفيته ثبوت العنة	٥٨٣ حكم ما لو كان بكل من الزوجين عيب
٦٠٥	٥٨٤ اعتبار في شروط ثبوت الخيار
رجعة العنين بعد الفسخ انما تكون بشكاح جديد	٥٨٥ اذا فسخ قبل المسيس فلا مهر له
٦٠٦	٥٨٦ حكم ما لو كان الفسخ بعد الدخول
أحكام الحصى وكونه كالعينين	٥٨٧ حكم ما علم بالعيب وقت العقد أو بعده
٦٠٧	٥٨٨ حكم ما لو طلقها قبل الدخول ثم علم انه كان بها عيب
دعوى العنين	٥٨٩ ليس لولي الصغير والصغيرة والامة تزويجهم بمعيب
٦٠٨	٥٩٠ لا يجوز تزويج كبيرة بمعيب بغير رضاها
علم المرأة بعنة زوجها بعد الدخول	٥٩١ اذا عتقت الامة وزوجها عبد فلهما الخيار
٦٠٩	٥٩٢ فرقة الخيار فسخ لا ينقص بها عدد الطلاق
رضاء المرأة بعنة الرجل يبطل خيارها	٥٩٣ حكم ما لو أعنتى قبل ان تختار
٦١٠	٥٩٤ ان وطئها بطل خيارها
بطلان دعوى العنة بعد اعتراف المرأة بوصوله اليها	٥٩٥ حكم ما لو أعتق العبد والامة دفعة واحدة
٦١١	
بيان الوطء الذي يخرج به من العنة	
٦١٢	
كون وطء امرأة لا يخرجها عن العنة في حق غيرها	
٦١٣	
ثبوت الخيار للمرأة بحجب العنين قبل الحل	
٦١٤	
دعوى المرأة عنة زوجها وادعائه وطأها	
٦١٦	
دعوى الرجل وطء الثيب وانكارها	
٦١٩	
دعوى الخنثى المشكل أنه رجل وأحكامه	
٦٢٠	
أحكام الخنثى المشكل وميراثه ودينه	
٦٢١	
بيان شرائط الاحصان	